

Derecho Bancario

Jesús Jusseth Herrera Espinoza



UCA
Universidad
Centroamericana

346-082
H-565
2008
C-29

DERECHO BANCARIO

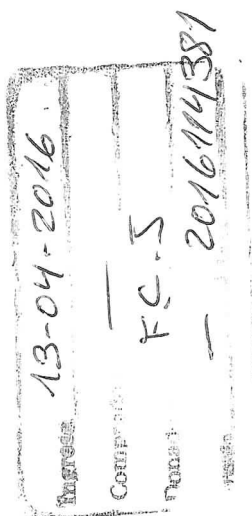
DOCTRINA Y LEGISLACIÓN

2ª Edición

Jesús Jusseth Herrera Espinoza

Doctor por la Universidad Autónoma de Madrid

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Centroamericana



N

346.082

H565

Herrera Espinoza, Jesús Jusseth

Derecho bancario ; doctrina y legislación /

Jesús Jusseth Herrera Espinoza.

-- 2a ed. --, Managua : UCA, 2008

420 p

ISBN : 978-99924-36-21-9

1: BANCOS-LEGISLACION 2. LEYES-NICARAGUA
3. DERECHO BANCARIO

Edición propiciada por:

Universidad Centroamericana UCA

Colección:

Manuales, Facultad de Ciencias Jurídicas 2da. Época

© Jesús J. Herrera Espinoza

© Para esta Edición. Universidad Centroamericana

Diagramación:

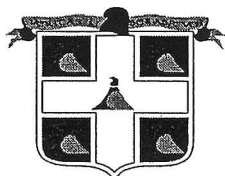
Marlon Barbosa

Impresión:

Impresiones Helios, S. A. Tel.: 249-4649

Derechos Reservados:

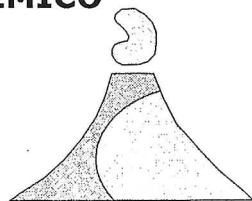
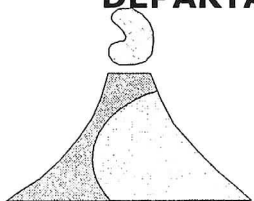
Todos los derechos reservados de conformidad con la legislación nacional e internacional de la materia. Se prohíbe la reproducción total o parcial de la presente obra.



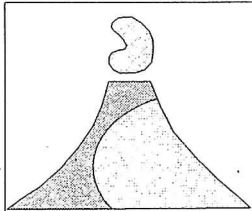
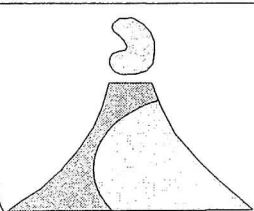
UCA

VERITAS LIBERABIT VOS

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO ACADEMICO**



**PROGRAMA DE
DERECHO BANCARIO**



2007

**UCA
BIBLIOTECA
Managua**

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

DATOS GENERALES

MATERIA	Derecho Bancario
CARRERA	Derecho
PLAN DE ESTUDIO	2007
CODIGO	030013
NÚMERO DE CRÉDITOS	4 créditos
FRECUENCIA SEMANAL	5 horas
TOTAL DE HORAS	64 horas
CUATRIMESTRE	IX
ELABORADO POR	José René Orùe
APROBADO POR	Dr. Manuel Araùz Ulloa Decano

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

PROGRAMA DE DERECHO BANCARIO

I. FUNDAMENTACIÓN.

La actividad económica nacional o internacional que realizan a diario particulares y empresarios se materializa a través de las entidades financieras, destacándose dentro de estas actividades, las relacionadas a las operaciones pasivas y activas.

El estudio de esta actividad económica generadora de relaciones jurídicas debe ser tratada desde dos puntos de referencia: La legislación que regula estas actividades del mercado financiero y las relaciones de estas instituciones con los usuarios y particulares, sin ob derecho bancario se realiza desde dos puntos de referencia: La legislación bancaria, misma que regula el funcionamiento de las instituciones financieras, y de otro lado, las relaciones entre las instituciones financieras y los particulares, sin obviar el papel del Estado como gran regulador de esta actividad.

El objetivo del plan de estudio sobre derecho bancario pretende que los estudiantes de derecho identifiquen y analicen el marco regulatorio sobre la materia; siendo interés de las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas que los estudiantes de derechos conozcan y analicen el mismo.

II. OBJETIVOS GENERALES

Al término del curso el estudiantado estará en capacidad de:

1. Analizar el régimen jurídico aplicable a las instituciones financieras, para la determinación del marco regulatorio en el desarrollo de actividades activas, pasivas y neutras, incluyendo conceptos de autorregulación como el gobierno corporativo dentro de estas entidades.
2. Identificar las relaciones entre el derecho bancario y el régimen jurídico de protección al consumidor, a fin aplicar el sistema de privilegios legales y procedimientos en derecho bancario.

III. REQUISITOS DE PRECEDENCIA

Derecho Mercantil II



IV. ESQUEMA DE CONTENIDOS Y DISTRIBUCIÓN DE TIEMPO

Unidad	Nombre	Clases teóricas	Clases practicas	Total de Horas
I	Entidades del Mercado Financiero	6	0	6
II	Naturaleza y fuentes del derecho bancario. La entidad Bancaria en Nicaragua, su objeto, constitución y autorización de funcionamiento.	10	0	10
III	Administración y control de la entidad bancaria, Gobierno Corporativo	8	0	8
IV	Operaciones Bancarias	12	2	14
V	Privilegios Legales y Procedimiento	4	1	5
VI	La Supervisión Bancaria, y Protección al Usuario a través de la ley	6	1	7
VII	Sociedades Financieras , Instituciones Auxiliares de Crédito, Grupos Financieros y Empresas financieras de régimen especial	5	0	6
VIII	Ley de Fomento y regulación de Micro Finanzas	5	0	5
Total		56	4	60

Total horas/clase: 60 horas

V. PROGRAMA ANALÍTICO

PRIMERA UNIDAD: Entidades del Mercado Financiero

Objetivos específicos:

Identificar las instituciones que en la actualidad participan del mercado financiero en Nicaragua, a fin de que el estudiante sea capaz de identificar cada una de ellas y la importancia que tienen para el desarrollo económico y los hechos y actos jurídicos derivados de ellas.

Temas

Conceptualización entidad financiera.

Marco regulatorio de la entidades Financieras en Nicaragua
Entidades Proveedoras del Crédito en Nicaragua.

SEGUNDA UNIDAD: Naturaleza y fuentes del derecho . La entidad bancaria en Nicaragua, su objeto, constitución y autorización de funcionamiento.

Objetivos específicos:

Analizar la naturaleza jurídica del derecho bancario y su relación con otras ramas del derecho. El nacimiento a la vida jurídica de la entidad bancaria, su proceso de constitución, funcionamiento y disolución

Temas

Conocer la definición sobre derecho bancario, identificar su relación con otras ramas del derecho y de forma particular con el derecho mercantil; determinar la naturaleza jurídica y sus fuentes.

Identificar el Procedimiento de constitución de una Entidad bancaria, sus particularidades con respecto a las Sociedades Anónimas, no reguladas. Los requisitos para su constitución y autorización para funcionar en Nicaragua, de conformidad a la ley, aumento de capital, disolución, organización de sucursales de Bancos Extranjeros en el País.

TERCERA UNIDAD:

Objetivos específicos:

Identificar las disposiciones que la Ley prevé para la administración de la entidad bancaria, los requisitos para la formación de su Junta Directiva, los impedimentos para ser directores y las directrices generales que regulan las relaciones entre los órganos de gobierno, la entidad supervisora y el usuario.

Temas

Conocer como se estructura la organización de la entidad bancaria, la conformación de su Junta Directiva, los impedimentos para ser Director, la responsabilidad de los directores de un banco, obligaciones de la Junta Directiva, Concepto y estructura de Gobierno Corporativo, Políticas del Gobierno Corporativo, medición y control del riesgo.

CUARTA UNIDAD: Operaciones Bancarias

Objetivos específicos:

Analizar las diversas operaciones que los bancos pueden efectuar dentro del marco legal, encontrar la expresión jurídica de estas a través de los diferentes tipos de contratos bancarios.



Temas

Identificar cuales son las operaciones que pueden efectuar los bancos.(activas, pasivas y neutras) Analizar la naturaleza, concepto, características, elementos subjetivos y elementos objetivos; así como obligaciones y derechos que corresponden a las partes en las diferentes modalidades de operaciones a que están autorizados realizar los bancos; Determinar el uso de los recursos de los bancos, los Derechos y Obligaciones del usuario del Servicio Financiero, establecer las prohibiciones a que están sujetos las entidades bancaria dentro del desarrollo de sus operaciones.

QUINTA UNIDAD: Privilegios legales y procedimiento.

Objetivos específicos:

Establecer la importancia y razón de ser de los Privilegios Bancarios. Determinar los privilegios otorgados por la legislación nicaragüense a las entidades bancarias y conocer el procedimiento que determina la Ley en los juicios bancarios.

Temas

Determinar la razón de ser de los privilegios bancarios. Analizar las excepciones que operan a favor de los bancos en materia de obligaciones; del embargo; de la mediación, de la cesión de créditos, de las garantías hipotecarias; de la acción personal; de los documentos que aparejan ejecución; del juez competente; de la excepción de la fianza; del derecho a repetir; de la venta judicial.

SEXTA UNIDAD: La Supervisión Bancaria y Protección al Usuario

Objetivos específicos:

Analizar el Papel del Estado en la Supervisión a las entidades bancarios. Conocer los Principios generales de la Supervisión bancaria

Temas:

Función de la Superintendencia de Bancos y otras entidades financieras, Principios Generales de la Supervisión Bancaria, vigilancia, planes de normalización intervención y liquidación forzosa, del procedimiento administrativo ante la SIBOIF. Protección a los depositantes contenidas en la ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros y la ley del FOGADE.

SEPTIMA UNIDAD: Sociedades Financieras, Instituciones Auxiliares de Crédito, Grupos Financieros y Entidades financieras de Régimen especial

Objetivos específicos:

Conocer el marco regulatorio de las Sociedades Financieras, su constitución y autorización, Cuales son las entidades auxiliares de crédito, su marco regulatorio, determinar que son grupos financieros y entidades financieras de régimen especial según la ley.

Temas:

Concepto de Sociedad Financiera, operaciones a que están autorizadas. Concepto de Instituciones auxiliares de Crédito, bono de prenda, certificado de garantía, Definición y Organización de los Grupos Financieros, presunción de existencia de grupos financieros, supervisión consolidada. Entidades Financieras de Régimen Especial.

OCTAVA UNIDAD. Ley de Fomento y regulación de Micro Fianza.

Objetivo específicos.

Conocer las disposiciones de la Ley de Regulación y Fomento de las Microfinanzas.

Temas:

Objeto y alcance de la Ley, Concepto de IMF, IFIM, Creación y atribuciones de la CONAMI, Creación del Fondo de Promoción a las Microfinanzas.

VI. METODOLOGÍA GENERAL

Para el desarrollo de las diferentes temáticas que aborda esta asignatura se sugiere hacer uso de las siguientes estrategias metodológicas:

- Conferencias magistrales apoyadas en la presentación de mapas conceptuales, folletos e información que pueda generar la interacción con el grupo de clases, insistir en relacionar la asignatura con situaciones actuales del país.
- Implementar otras técnicas tales como: Seminarios, lluvia de ideas, debates, designación de tareas a realizarse en grupo – fuera o dentro del aula de clase-.
- Asignar al grupo la lectura de material específico con guías de trabajo mediadas pedagógicamente. (cuestionario, reporte de lectura o redacción de ensayos breves)
- Desarrollo de trabajo en equipo.
- Llevar a cabo debates al concluir cada unidad didáctica, con la finalidad de consolidar los conocimientos adquiridos.
- Sesiones de simulación, o bien observaciones en empresas.

VII. EVALUACIÓN

La evaluación debe ser: diagnóstica, formativa, sumativa y de auto evaluación.

Se sugiere hacer uso de:



1. Evaluaciones sistemáticas a fin de medir los conocimientos y experiencias previas, así como el nivel de asimilación de la materia
2. Evaluaciones parciales conforme a lo previsto en el calendario determinado por la Facultad.
3. Investigaciones orientadas por la naturaleza de la asignatura.
4. Valoración de los trabajos que fuesen designados para realizarse de manera individual o grupal.
5. Valoración de la participación de los/las alumnos (as) en las diferentes actividades asignadas por el/la docente.
6. Se debe establecer un % para que los/las alumnos (as) puedan autoevaluarse de acuerdo a parámetros previamente establecidos por el/la docente.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- GIACOMO MOLLE; MANUAL DE DERECHO BANCARIO.
- GUILLERMO JIMÈNEZ SÀNCHEZ; DERECHO MERCANTIL.
- JOAQUÌN GARRIGUES; DERECHO BANCARIO.
- JOSÈ RENÈ ORÙE CRUZ; MANUAL DE DERECHO MERCANTIL.
- SERGIO RODRIGUEZ AZUERO, CONTRATOS BANCARIOS, BIBLIOTECA FELABAN.

ÍNDICE

ESTUDIO DOCTRINARIO

CAPÍTULO I NOCIONES GENERALES DEL DERECHO BANCARIO

1. Breve reseña histórica de la actividad crediticia.....	9
1.1 Antecedentes de la actividad crediticia en Nicaragua.....	11
a) Período post-independentista (1821 - 1979).....	11
b) Período revolucionario (1979-1990).....	15
c) Período de la nueva liberalización financiera (de 1990 hasta nuestros días).....	17
2. Noción de Derecho Bancario.....	19

CAPÍTULO II EL MERCADO DEL CRÉDITO EN NICARAGUA

1. La actividad crediticia.....	22
1.1 Noción.....	22
1.2 Naturaleza jurídica de la actividad crediticia.....	22
1.3 Segmentos del Mercado de Crédito.....	23
1.4 Fuentes adicionales de financiación ajena.....	25
2. Fuentes de la regulación de la actividad crediticia.....	27
2.1 Concepto y Sistema General de Fuentes del Derecho.....	27
2.2 Jerarquía de las Fuentes del Derecho Bancario.....	28
a) La Ley Bancaria.....	29
b) La Ley Mercantil Común.....	29
c) El Derecho Común.....	30
d) Las resoluciones o "Circulares" de la SIBOIF.....	30
e) Los usos Bancarios.....	31
3. Instituciones financieras bancarias e instituciones financieras no bancarias "análogas".....	32
3.1 Precisión preliminar.....	32
3.2 Los bancos.....	37
3.2.1. Noción y notas características.....	37
3.2.2. Creación, registro e inicio de operaciones del banco.....	39
3.2.3 De la disolución anticipada y de algunas modificaciones de los bancos.....	45
3.2.4. Sucursales de bancos extranjeros y oficinas de representación de bancos y financieras extranjeras.....	47
3.3 Sociedades financieras, sociedades de inversión y otras.....	50
3.3.1 Noción.....	50
3.3.2. Constitución, registro y operaciones.....	51
3.4 Entidades de Leasing o Arrendamiento Financiero.....	53
3.4.1. Precisión preliminar.....	53
3.4.2. Noción.....	53
3.4.3. Constitución, registro y operaciones.....	53
4. Los grupos financieros.....	55
4.1. Noción.....	55
4.2. Organización, autorización y supervisión consolidada.....	55

4.3. Solvencia y otros requerimientos de los grupos financieros.....	59
4.4. Empresas financieras de régimen especial.....	60
5. Régimen jurídico de las entidades financieras bancarias y "no bancarias análogas".....	60
5.1. Creación y registro.....	60
5.2. Normas de solvencia.....	60
a) Coeficiente de solvencia ("capital requerido").....	60
b) Reserva de capital.....	63
c) Disposiciones especiales en materia de aumento de capital social.....	63
d) Disposiciones en materia de utilidades y forma de cubrir las pérdidas.....	63
e) Balance de los bancos.....	64
f) Límites al otorgamiento de crédito.....	65
5.3. Propiedad y control.....	68
a) Adquisición de participaciones significativas.....	68
b) Prohibiciones a los bancos.....	69
5.4. Administración y gestión.....	71
a) Gobierno corporativo.....	71
b) Junta Directiva y directores.....	72
c) Gerentes.....	77
d) Auditor interno.....	78
e) Deber de comunicación al Superintendente.....	78
5.5. Obligaciones de información.....	79

CAPÍTULO III

ENTIDADES DE AUTORIZACIÓN, SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y CONTROL

1. La Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras....	80
1.1 Nociones generales.....	80
1.2 Funciones y atribuciones.....	81
1.3 Organización.....	84
1.4 Recursos administrativos en contra de las resoluciones emanadas de la SIBOIF.....	87
2. El Banco Central de Nicaragua.....	88
2.1 Nociones generales.....	88
2.2 Funciones y atribuciones.....	89
2.3 Organización.....	90
2.4 El encaje legal.....	92
3. Supervisión e intervención de las entidades de crédito.....	95
3.1 Inspección.....	95
3.2 Medidas preventivas.....	96
a) Noción.....	96
b) Situaciones que ocasionan la aplicación de medidas preventivas.....	96
c) Tipología de medidas preventivas.....	96
3.3 Planes de normalización.	97
a) Noción....	97
b) Situaciones que conllevan a la aplicación de un Plan de Normalización....	98
c) Procedimiento para la aprobación del Plan de Normalización	98
d) Medidas del Plan de Normalización	99

3.4	Intervención y liquidación.....	101
3.4.1	Intervención y liquidación de las entidades miembros del Sistema de Garantía de Depósitos.....	101
a)	Resolución de intervención. Causales.....	101
b)	Procedimiento de intervención	104
c)	Procedimiento de liquidación forzosa.....	109
3.4.2	Disolución y liquidación de las entidades que no son miembros del Sistema de Garantía de Depósitos... ..	117
a)	Procedimiento de liquidación forzosa.....	118
3.5	Sanciones administrativas.....	123
3.5.1	Tipología de las sanciones.....	125
3.5.2	Destino y débito de las multas.....	128
3.5.3	Publicación de sanciones y créditos en mora.....	128
3.5.4	Reincidencia y facultad normativa del Consejo Directivo de la SIBOIF.....	129
4.	El Sistema de Garantía de Depósitos.....	129
4.1	Nociones generales.....	129
4.2	El Fondo de Garantía de Depósitos.....	130
4.3	Organización del FOGADE.....	131
4.4	De la garantía de depósitos.....	132

CAPÍTULO IV EL CONTRATO BANCARIO

1.	La operación bancaria.....	134
1.1	Noción.....	134
2.	El contrato bancario.....	135
2.1	Noción y caracteres del contrato bancario.....	135
2.2	Clasificación de los contratos u operaciones bancarias.....	136
3.	Los privilegios bancarios.....	138

CAPÍTULO V CONTRATOS DE FINANCIACIÓN

1.	Noción y clases.....	145
2.	Contrato de mutuo o préstamo bancario.....	146
2.1	Apreciación general del contrato de mutuo.....	146
2.2	Notas definitorias y caracteres del préstamo mercantil y del préstamo bancario.....	147
2.3	Objeto del contrato.....	149
2.4	Efectos del contrato.....	149
a)	Obligación de restituir.....	149
b)	Obligación de pagar intereses.....	152
c)	Intereses moratorios.....	153
d)	Otras obligaciones a cargo del prestatario.....	154
2.5	Extinción del préstamo....	154
2.6	Préstamos bancarios especiales.....	155
2.6.1	Préstamos garantizados por valores.....	155
2.6.2	El crédito al consumo.....	156
2.6.3	Préstamos sindicados.....	157
2.6.4	Préstamo participativo.....	159
3.	Contrato de apertura de crédito	160

3.1	Noción, función económica y naturaleza jurídica.....	160
3.2	Modalidades.....	161
3.3	Efectos del negocio.....	163
3.4	Extinción del contrato.....	164
4.	Contrato de descuento.....	165
4.1	Concepto, función económica y naturaleza jurídica.....	165
4.2	Clases.....	166
4.3	Caracteres y efectos del contrato.....	166
4.4	Extinción.....	168
5.	Contrato de arrendamiento financiero o leasing.....	168
5.1	Concepto, función económica y naturaleza jurídica.....	168
5.2	Clases.....	171
5.3	Régimen jurídico.....	173
5.4	Contenido del contrato.....	175
5.5	Extinción.....	176
6.	El contrato de factoraje o factoring.....	176
6.1.	Noción, función económica y régimen jurídico.....	176
6.2	Efectos del contrato.....	178
6.3	Naturaleza jurídica.....	181
6.4	Extinción.....	181
7.	La Tarjeta de crédito.....	182
7.1	Nociones generales.....	182
7.2	Antecedentes y definición.....	182
7.3	Naturaleza jurídica.....	183
7.4	Función económica.....	183
7.5	Sistema de la tarjeta de crédito.....	184
7.5.1	Elementos personales.....	184
7.5.2	Relaciones contractuales.....	186
7.5.2.1	Relación entre el emisor y el titular o tarjeta-habiente.....	186
a)	Interés público.....	187
b)	Exaltación del principio de buena fe contractual.....	187
c)	Elementos personales.....	188
d)	Obligaciones del emisor.....	188
e)	Obligaciones del tarjeta-habiente.....	190
f)	Requisitos formales.....	193
g)	Garantías establecidas en favor de los contratantes.....	195
7.5.2.2	Relación entre el emisor y el establecimiento asociado.....	197
7.5.2.3	Relación entre el titular o beneficiario y el establecimiento asociado.....	199
7.5.2.4	Relación entre el emisor y la entidad de franquicia.....	200

CAPÍTULO VI

CONTRATOS DE CAPTACIÓN DE PASIVOS

1. Noción y clases.....	201
2. Los depósitos bancarios.....	201
2.1 Concepto, naturaleza jurídica y titularidad de los depósitos de uso	202
2.2 Clases de depósitos de uso.....	204
3. El contrato de redescuento.....	210
3.1 Noción.....	210
3.2 Diferencias con el contrato de descuento y remisión.....	210
4. Asistencia financiera extraordinaria.....	211
4.1 Requisitos.....	211
4.2 Tasa de interés y garantías.....	212
5. Línea de crédito especial overnight.....	214

CAPÍTULO VII

CONTRATOS DE SERVICIOS BANCARIOS

1. Noción y clases.....	216
2. SERVICIOS DE PAGOS.....	216
2.1. La compensación bancaria.....	216
2.2. El contrato de cuenta corriente bancaria.....	219
a) Noción, características y función económica.....	219
b) Derechos y obligaciones de las partes.....	221
2.3. Tarjetas bancarias.....	222
a) Concepto y clases de tarjetas. Las tarjetas de pago.....	222
b) Naturaleza y régimen jurídico.....	224
2.4. La transferencia bancaria. El giro.....	226
a) Noción y naturaleza jurídica.....	226
b) Contenido del contrato.....	227
c) El giro.....	228
3. SERVICIOS DE CUSTODIA.....	228
3.1. Depósito de custodia (regular).....	228
3.2. Servicio bancario de cajas de seguridad.....	230
4. OTROS SERVICIOS.....	232
4.1. Compraventa de valores mobiliarios por cuenta de sus clientes....	232
4.2. Contrato de fideicomiso.....	235
a) Nociones generales.....	235
b) Noción y notas características.....	237
c) Naturaleza jurídica.....	238
d) Contenido del contrato.....	239
e) Modalidades.....	242
f) Extinción.....	244

CAPÍTULO VI CONTRATOS DE CAPTACIÓN DE PASIVOS

1. Noción y clases.....	201
2. Los depósitos bancarios.....	201
2.1 Concepto, naturaleza jurídica y titularidad de los depósitos de uso	202
2.2 Clases de depósitos de uso.....	204
3. El contrato de redescuento.....	210
3.1 Noción.....	210
3.2 Diferencias con el contrato de descuento y remisión.....	210
4. Asistencia financiera extraordinaria.....	211
4.1 Requisitos.....	211
4.2 Tasa de interés y garantías.....	212
5. Línea de crédito especial overnight.....	214

CAPÍTULO VII CONTRATOS DE SERVICIOS BANCARIOS

1. Noción y clases.....	216
2. SERVICIOS DE PAGOS.....	216
2.1. La compensación bancaria.....	216
2.2. El contrato de cuenta corriente bancaria.....	219
a) Noción, características y función económica.....	219
b) Derechos y obligaciones de las partes.....	221
2.3. Tarjetas bancarias.....	222
a) Concepto y clases de tarjetas. Las tarjetas de pago.....	222
b) Naturaleza y régimen jurídico.....	224
2.4. La transferencia bancaria. El giro.....	226
a) Noción y naturaleza jurídica.....	226
b) Contenido del contrato.....	227
c) El giro.....	228
3. SERVICIOS DE CUSTODIA.....	228
3.1. Depósito de custodia (regular).....	228
3.2. Servicio bancario de cajas de seguridad.....	230
4. OTROS SERVICIOS.....	232
4.1. Compraventa de valores mobiliarios por cuenta de sus clientes....	232
4.2. Contrato de fideicomiso.....	235
a) Nociones generales.....	235
b) Noción y notas características.....	237
c) Naturaleza jurídica.....	238
d) Contenido del contrato.....	239
e) Modalidades.....	242
f) Extinción.....	244

BIBLIOGRAFÍA.....	245
--------------------------	------------

LEYES BANCARIAS.....	251
-----------------------------	------------

- Ley 561. Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros..... 253
- Ley 316. Ley de la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras..... 335
- Ley 317. Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua..... 355
- Ley 551. Ley del Sistema de Garantía de Depósitos..... 375
- Ley 515. Ley de promoción y ordenamiento del uso de la tarjeta de crédito..... 413

BIBLIOGRAFÍA.....	245
LEYES BANCARIAS.....	251
• Ley 561. Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros.....	253
• Ley 316. Ley de la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras.....	335
• Ley 317. Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua.....	355
• Ley 551. Ley del Sistema de Garantía de Depósitos.....	375
• Ley 515. Ley de promoción y ordenamiento del uso de la tarjeta de crédito.....	413

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES DEL DERECHO BANCARIO

1. Breve reseña histórica de la actividad crediticia

Como se sabe, los cimientos de la moderna economía de mercado no son otros que el dinero y el crédito. Ambos institutos son el resultado de una larga evolución, cuyos antecedentes remotos se ubican ya en el Templo Rojo de Uruk, en Mesopotamia, en donde los sacerdotes prestaban parte de los dones y ofrendas a los esclavos y prisioneros¹. Por su parte, el Código de Hammurabi, en Babilonia, regulaba, por cierto con un rico nivel de detalle, algunas actividades que podrían tildarse de bancarias (préstamo con interés, depósitos sobre mercancías y metales, entre otras)².

Posteriormente, en Atenas, se llegaron a reglamentar las actividades de los “trapezitas” (prestamistas), llamados así por que desarrollaban su actividad en una mesa denominada “trapeza”, y de los “colubitas” (cambistas). De hecho, aquí ya se realizaba un contrato muy similar al seguro marítimo, el denominado préstamo a la gruesa, por medio del cual el “banquero” entregaba al mutuuario una cantidad de dinero que éste devolvía únicamente en los casos en que las mercancías llegasen sanas a puerto³.

En Roma, en una etapa intermedia, ya florecieron los “nummularii” (cambistas) y los “argentarii” (que desarrollaban actividades crediticias). Los romanos, al igual que los griegos, emprendían operaciones que guardaban una estrecha similitud con las actuales operaciones bancarias, entre otras: cobros y pagos por cuenta de sus clientes, entrega de dinero a interés, recepción de depósitos. A la vez que iniciaron los primeros pasos para el establecimiento de un sistema contable, organizando incluso la llevanza de tres libros (Diario, Caja y Mayor) que servían como medio de prueba⁴.

¹ DELGADILLO CASTRO, Mirna Elizabeth; OBREGÓN AREAS, Elisa Isabel y URBINA ESPINOZA, Magda Rosa, comentan que dicho templo se ubica entre los años 3400 -3200 a c (Evolución, operaciones y contratos bancarios, Monografía para optar al grado de Licenciado en Derecho, inédito, Managua, 1994, pág 5)

² RODRÍGUEZ-AZUERO, Sergio, Contratos bancarios Su significación en América Latina, reimpresión de la cuarta edición, Biblioteca FELABAN, Bogotá, 1997, págs 89 y s

³ RODRÍGUEZ-AZUERO, op cit , pág 90

⁴ ÁLVAREZ CARDOZA, Jairo Antonio, Derecho Bancario nicaragüense, Tomo I, editorial jurídica, Managua, 2001, págs 29 y s

Sin embargo, el antecedente más inmediato del modelo económico actual se ubica en la Baja Edad Media, con el renacer de la vida económica y comercial. Con todo, en un primer momento, los mercados dominaban espacios económicos insignificantes; el uso del dinero, que comenzaba a superar la fase de intercambio por trueque, se limitaba a los metales acuñados o amonedados; y el crédito se desenvolvía con bastante dificultad, a través de las relaciones directas que establecían prestamistas y prestatarios, las que, en su gran mayoría, debían ser encubiertas bajo la forma de otros negocios jurídicos, en atención a la condena moral que la Iglesia hizo recaer sobre la percepción de intereses⁵.

En ese estadio histórico los primeros bancos llevaban a cabo funciones restringidas, básicamente, el cambio de moneda y su entrega distancia loci (cambio trayecticio) vinculado al uso de un documento o carta, que se instituye así en el precursor de la letra de cambio (cambio per litteras)⁶.

Entre las instituciones de naturaleza financiera de esa época, dignas de destacar, se encuentra el Banco fundado en Venecia en el siglo XII, durante la guerra entre esta Ciudad-Estado-República y Bizancio. Dicha entidad tenía como fin principal efectuar préstamos y admitir depósitos, aunque los empréstitos para financiar aquella guerra tuvieron la particularidad de haberse celebrado incluyendo en la deuda de capital los intereses pactados, con lo que se logró burlar la prohibición Papal de prestar con interés⁷.

En 1397, Giovanni di Bicci de Médicis funda el Banco de Florencia, que con el tiempo llegaría a ser el más poderoso banco italiano, de hecho éste se erigió en el soporte dinerario del renacimiento florentino. Por su parte, en 1409 se creó, en Génova, el Banco di san Giorgio, fundado en condiciones similares a las del Banco de Venecia, ya que sirvió para financiar la guerra de aquel Estado, justamente, contra Venecia⁸.

Ya en el siglo XIX, y con mayor asiduidad en el XX, los bancos se convierten en verdaderas “entidades de depósito”, que no sólo custodian el dinero sino que lo utilizan para prestarlo a terceros, de modo que, no

⁵ CORTÉS, Luis Javier, “El Mercado del Crédito”, en la obra Uría – Menéndez Curso de Derecho Mercantil, T II, Civitas, Madrid, 2001, pág 465

⁶ CORTÉS, op cit , ibidem

⁷ DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, Derecho bancario y contratos de crédito, Tomo II, segunda edición, Oxford, 1992, págs 485 y s

⁸ DÁVALOS MEJÍA, op cit , págs 488 y s

se limitan a concentrar la concesión de crédito, sino que, de igual forma, intermedian recursos entre los deficitarios de los mismos y aquellos que los tienen de “sobra”, erigiéndose así en “entidades de crédito” o, mejor, entidades que desarrollan una especial actividad de interposición, denominada “actividad crediticia”⁹.

Todavía más, esa actividad crea un efecto multiplicador sobre el crédito mismo, en tanto en cuanto permite la reutilización de unos mismos fondos (“depósitos primarios”) que, luego de ser prestados, son “redepositados”, completa o parcialmente, en la misma entidad o en otra entidad crediticia (“depósitos derivados”), de tal forma que se reproducen o multiplican funcionalmente. Por tal razón, se afirma que las instituciones financieras bancarias se han venido a transformar en “creadoras de crédito”, y, a la vez, en modernos “medios de pago” (“dinero bancario”), ya que los depósitos bancarios o los cheques y demás instrumentos bancarios que permiten movilizarlos, suelen aceptarse, sin problemas, como sustitutos del dinero legal. Todo ello termina configurando a las “entidades de crédito” en pieza fundamental del sistema económico y de la política económica moderna, lo mismo que en el sistema general de pagos, donde cada vez menos se emplea el efectivo¹⁰.

1.1 Antecedentes de la actividad crediticia en Nicaragua

Para una mejor comprensión de la evolución histórica del fenómeno de la banca en Nicaragua, conviene dividir su estudio en tres estadios perfectamente diferenciados:

a). Período post-independentista (1821-1979)

Como se conoce de sobra, luego de la independencia de España, la historia patria se caracterizó por las cruentas disputas hegemónicas entre conservadores y liberales. Y es en ese contexto histórico en el que habrá de desarrollarse la actividad crediticia en nuestro país.

Así, el primer intento por fundar un Banco en nuestra patria se emprendió el 6 de abril de 1871, fecha en que el Gobierno de la República suscribió un contrato con D. Jesús L. Costigliolo, representante de su hermano César Costigliolo, para fundar el Banco de Nicaragua, el cual podría emitir billetes por menos del duplo de su capital. No obstante, el negocio

⁹ CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit , págs. 465 y s

¹⁰ CORTÉS, op cit , pág 466

jurídico no fue consumado ya que el banco no llegó a fundarse en el término de seis meses concedidos por el Congreso Nacional para tal efecto¹¹.

Por otro lado, por Decreto Legislativo del 21 de marzo de 1873, se autorizó al ejecutivo a celebrar un contrato preliminar “de banco y cuño” con el General Héctor Galinier, quien a la sazón actuaba en calidad de representante de la Compañía General de Centroamérica, con sede en París. No se sabe con certeza en atención a qué oscuros intereses no se terminó por establecer el banco¹².

Ya en 1882, se promulga la primera Ley Bancaria, a través de Decreto de 6 de marzo, por la que se autorizaba la creación de los “Bancos de Emisión”¹³.

Después de tantos intentos frustrados, por fin, el 23 de febrero de 1888, se estableció el Banco de Nicaragua con un capital de dos millones de dólares. No pasaría mucho tiempo para que se cree el Banco Agrícola Mercantil, exactamente el 6 de noviembre del mismo año, con sede en León, el que contaba con un capital de un millón de dólares¹⁴.

En los años siguientes se proyectó la creación algunos otros bancos, entre los que destacan el Banco Nacional de Nicaragua o British Bank Of Central America (1890) y el Banco Hipotecario (1890)¹⁵.

Un poco más tarde, al subir al poder el Partido Liberal, las actividades del Banco de Nicaragua sufrieron importantes cambios, cuando el gobierno entrante dispuso emitir billetes del Tesoro Nacional. Así, el uno de enero de 1894, el señor Francisco J. Medina estimó necesario modificar la naturaleza del Banco de Nicaragua, adquiriendo a tal efecto la Sucursal del Bank of Nicaragua Limited, con sede central en Londres, la que luego se incorporó (para ser exactos el 20 de enero de 1895), al London Bank of Central American Limited¹⁶.

¹¹ CASTILLO CASTILLO, Maritza y TIFFER RODRÍGUEZ, Paul, La Banca Privada en Nicaragua, Monografía para optar al grado de Licenciado en Derecho, inédito, Managua, 1995, pág 9

¹² Cfr CASTILLO CASTILLO y TIFFER RODRÍGUEZ, agregan que “en mil ochocientos setenta y ocho se hizo un estudio comparativo de contrato de banco con los señores Don Indalecio Maliaños y el Licenciado Don Santiago Morales, de este contrato se desconocen más detalles” (op cit , págs 9 y s)

¹³ Así, DELGADILLO CASTRO, OBREGÓN AREAS y URBINA ESPINOZA, Evolución, operaciones y contratos bancarios, cit , pág 36

¹⁴ DELGADILLO CASTRO, OBREGÓN AREAS y URBINA ESPINOZA, op cit , pág 46

¹⁵ CASTILLO CASTILLO y TIFFER RODRÍGUEZ, La Banca Privada en Nicaragua, cit , págs 10 y s

¹⁶ DELGADILLO CASTRO, OBREGÓN AREAS y URBINA ESPINOZA, Evolución, operaciones y contratos bancarios, cit , pág 49

En fin, el Banco de Nicaragua, convertido en Sucursal del Bank of Nicaragua Limited, y a su vez, como ya dijimos, incorporado al London Bank of Central American Limited, continuó sus operaciones hasta 1898, fecha en que este último se fusionó con el London Bank of South American Limited¹⁷.

Por otra parte, quizás el mejor ejemplo de la “pleitesía” que nuestros gobernantes han prodigado desde siempre a nuestros vecinos del norte, es que en 1911, y de conformidad a las Leyes de Connecticut, se crea el National Bank of Nicaragua Incorporated (Banco Nacional de Nicaragua Incorporado), que hará, conjuntamente, las veces de Banco Central y comercial¹⁸.

Llama poderosamente la atención que pese a tratarse de una institución con funciones propias de Banco Central, éste no sólo se constituyó conforme a las Leyes de Connecticut, sino que tenía su domicilio social en la ciudad de Hartford, Condado de Hartford, de ese mismo Estado de la Unión Americana y, por si fuera poco, se trataba de una entidad constituida por banqueros estadounidenses, a saber, los señores James Brown, Federico Strauss y Thatcher M. Brown¹⁹.

En 1919 se funda la Compañía Mercantil de Ultramar, como un apéndice del Banco Nacional de Nicaragua Incorporado, la cual llegará a controlar toda la actividad de comercialización del café²⁰.

Con todo, en 1924, bajo la administración del presidente Bartolomé Martínez, el capital del Banco Nacional de Nicaragua Incorporado pasa a ser enteramente nicaragüense. Años más tarde, en 1933, se procede a nacionalizar el banco en cuestión, acción impulsada por el entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, Dr. Salvador Guerrero Montalván, quien presentó una memoria en tal sentido ante el Congreso Nacional²¹.

Los primeros treinta años del Siglo veinte, también se caracterizaron por la presencia de muchos Bancos Internacionales en nuestro país, entre

¹⁷ DELGADILLO CASTRO, OBREGÓN AREAS y URBINA ESPINOZA, op cit , ibidem

¹⁸ CASTILLO CASTILLO y TIFFER RODRÍGUEZ, La Banca Privada en Nicaragua, cit , pág 18

¹⁹ CASTILLO CASTILLO y TIFFER RODRÍGUEZ, op cit , ibidem

²⁰ ÁLVAREZ CARDOZA, Derecho Bancario nicaragüense, cit , pág 36

²¹ NAVARRETE HERNÁNDEZ, Lisseth Nayiri, agrega que, no es sino hasta el 23 de mayo de 1938 que la Junta Directiva del Banco comienza a sesionar en la ciudad de Managua, y ello debido a la disposición emitida por el entonces Presidente de la República, General Anastasio Somoza García (Principales transformaciones jurídicas del sistema financiero nacional 1979-1994, Monografía para optar al grado de Licenciado en Derecho, inédito, Managua, 1995, págs 8 y s)

los que destacan: American Bank Ital; Anglo Central American; Co. Bank Ltd²².

Por otro lado, en octubre de 1940, el Estado de Nicaragua emprende una importante reforma bancaria y monetaria, de modo que se procede a liquidar el Banco Nacional de Nicaragua Incorporado y se crea el Banco Nacional de Nicaragua, el que, en esta etapa, tendrá funciones de Banco Central y Comercial; se reorganiza la Compañía Mercantil de Ultramar; se promulga una nueva Ley Monetaria, con fecha del 26 de octubre, y la Ley General de Instituciones Bancarias²³; se reorganiza el Banco Hipotecario de Nicaragua; y se crea la Ley Orgánica de la Caja Nacional de Crédito Popular²⁴.

A partir de la década de los cincuentas, y hasta finales de los setentas, la actividad financiera del país, es un trasunto de la polarización política y económica que ha caracterizado a nuestra patria.

Así, en 1953, un grupo de algodoneiros de occidente, junto con sectores industriales de la capital y del mismo occidente, de tendencia liberal, crea el Banco Nicaragüense (BANIC), conocido popularmente como el “Banco Liberal”. Teniendo como núcleo central a dicho banco, estos empresarios logran articular el denominado “Grupo BANIC”, que también gira en torno a otras cuatro instituciones financieras: INDESA (especializada en inversiones industriales); FINANSA (inmersa en el negocio de bienes raíces); Financiera de la Vivienda (capta ahorro de manos de los particulares e invierte en la construcción de viviendas) y Compañía de Seguros La Protectora (como es obvio, dedicada a la actividad aseguradora)²⁵.

En cambio, en la acera de enfrente, se consolida el Banco de América (BANAMÉRICA), conocido coloquialmente como “Banco Conservador”, fundado en julio de 1952, que representa los intereses de la oligarquía conservadora, ganadera y comercial, y de los productores de azúcar y bebidas alcohólicas. Al igual que en el caso anterior, alrededor de dicha institución se vendrán a tejer un complejo de instituciones “auxiliares” que dotarán de fortaleza al grupo: Financiera Industrial Agropecuaria (FIA) (configurada como instrumento de inversión

²² ÁLVAREZ CARDOZA, Derecho Bancario nicaragüense, cit , pág 36

²³ Gaceta 242, de 29 de octubre de 1940

²⁴ ÁLVAREZ CARDOZA, op , cit , págs 36 y s

²⁵ WHEELOCK ROMÁN, Jaime, Imperialismo y dictadura crisis de una formación social, quinta edición, siglo veintiuno editores, México D F , 1980, págs 148 y ss

y gestión de variadas operaciones financieras); Bienes y Raíces, S.A. (BIRSA) (participa en el negocio inmobiliario); Inmobiliaria de Ahorro y Préstamos, S.A. (financia los proyectos inmobiliarios de BIRSA); e Inmobiliaria de Seguros (que incursionó en la actividad aseguradora)²⁶.

Por si fuera poco, a finales de los sesenta y principios de los setenta, la familia Somoza y sus allegados crean, además de otras instituciones crediticias (Nicaragüense de Ahorro y Préstamo, S.A. -NIAPSA, especializada en préstamos para viviendas- e INTERFINANCIERA –que ofrecía financiamiento diverso-), el Banco de Centro América²⁷.

Pese a todo, todavía hubo cabida para algunos grupos independientes entre los que destacan CAPSA (Centroamericana de Ahorro y Préstamo) y FRANCOFIN (Corporación Francoamericana de Finanzas)²⁸.

Por último, merece la pena destacar que, por Decreto Legislativo 525, de 25 de agosto de 1960, fue creado el Banco Central de Nicaragua, el que inició operaciones el 1 de enero de 1961²⁹; y, finalmente, en 1963 se procedió a promulgar la Ley General de Bancos y de otras instituciones³⁰.

b). Período revolucionario (1979-1990)

A partir de julio de 1979, en el seno de la revolución popular sandinista, se inician una serie de transformaciones radicales que incidirán de manera importante en el sistema financiero nicaragüense. Así, a través del Decreto 22, de 25 de julio de 1979, se crea el Banco Nacional de Desarrollo, que vendrá a sustituir al Banco Nacional de Nicaragua. De igual forma, el Decreto 25, de 26 de julio de 1979, procede a Nacionalizar el Sistema Financiero³¹.

Por su parte, el 25 de agosto de 1979, a través del Decreto 55, se viene a instaurar la Ley de Defensa de la Moneda Nacional. Y un poco más tarde, el Decreto 89 establece nuevas disposiciones sobre los depósitos

²⁶ WHEELOCK ROMÁN, op cit , págs 156 y ss

²⁷ WHEELOCK ROMÁN, Jaime y CARRIÓN, Luis, El desarrollo económico y social de Nicaragua, sección de educación política del FSLN, Managua, 1981, pág 163

²⁸ WHEELOCK ROMÁN, Imperialismo y dictadura crisis de una formación social, cit , págs 176 y ss

²⁹ NAVARRETE HERNÁNDEZ, Principales transformaciones jurídicas del sistema financiero nacional 1979-1994, cit , págs 22 y s

³⁰ La Gaceta Diario Oficial 102, de 10 de mayo de 1963

³¹ Cfr DELGADILLO CASTRO; OBREGÓN AREAS y URBINA ESPINOZA, Evolución, operaciones y contratos bancarios, cit , pág 70

a plazo en moneda extranjera, de modo que, los intereses debían ser satisfechos en córdobas, y todo depósito vencido debería prorrogarse por un año más. Igualmente, todos los retiros debían efectuarse en córdobas, aunque el depósito se hubiese fijado en dólares³².

El Decreto 131, del 31 de octubre de 1979, creará el Sistema Financiero Nacional (SFN), y éste tendrá al Consejo Superior como órgano rector de la actividad bancaria. No pasará mucho tiempo para que el Decreto 194, del 5 de diciembre de 1979, venga a constituir la Asociación de Instituciones Bancarias de Nicaragua, cuyo patrimonio se transferirá al Consejo Superior del SFN³³.

Un poco después, el Decreto 262³⁴ constituye el Gabinete Financiero que vendrá a fungir como “organismo de dirección superior de la política financiera y económica del país”³⁵.

Una nueva transformación vendrá a instaurarse por medio del Decreto 453, de 7 de Julio de 1980, por el que se crea la Corporación Financiera de Nicaragua (CORFIN) que vendrá a extinguir al Consejo Superior del SFN, organismo que a su vez estuvo subordinado al Gabinete Financiero. No obstante, el 4 de julio de 1981, a través del Decreto 755, se instaura la Ley de Consolidación del Sistema Bancario, por medio de la cual el CORFIN se adscribe al Banco Central³⁶.

Ya en 1983, a través del Decreto 1360, de 7 de diciembre, se crea el Fondo Nicaragüense de Inversiones (FNI), con la intención de que éste financie proyectos de inversión y reinversión, desapareciendo así el Fondo Especial de Desarrollo (FED)³⁷.

Al fin y al cabo, todo este proceso de reorganización provocará que de las 28 instituciones existentes antes de 1979, al final de este período histórico sólo sobrevivan 4: el Banco Nacional de Desarrollo (BND); el Banco Nicaragüense de Industria y Comercio (BANIC); el Banco de Crédito Popular y el Banco Inmobiliario³⁸.

³² ÁLVAREZ CARDOZA, Derecho Bancario nicaragüense, cit , pág 45

³³ ÁLVAREZ CARDOZA, op cit , págs 45 y s

³⁴ Gaceta de 5 de febrero de 1980

³⁵ NAVARRETE HERNÁNDEZ, Principales transformaciones jurídicas del sistema financiero nacional 1979-1994, cit , pág 44

³⁶ NAVARRETE HERNÁNDEZ, op cit , pág 46

³⁷ ÁLVAREZ CARDOZA, Derecho Bancario nicaragüense, cit , pág 47

³⁸ Así DELGADILLO CASTRO, OBREGÓN AREAS y URBINA ESPINOZA, Evolución, operaciones y contratos bancarios, cit , págs 70 y ss

c. Período de la nueva liberalización financiera (de 1990 hasta nuestros días)

En 1990, con la asunción en el poder de Violeta Barrios de Chamorro, se inicia un nuevo período histórico en la actividad crediticia de Nicaragua. Así, en marzo de 1991 se puso en marcha un programa reestabilización y ajuste estructural que desembocó en una importante contracción del gasto público y del crédito bancario. Asimismo, en este período se procede a autorizar la creación de bancos privados, al saneamiento y reestructuración de la banca estatal, a la liberalización de las tasas de interés y al establecimiento de una Bolsa de Valores³⁹.

Cabe destacar que, la creación de bancos privados tuvo que salvar el obstáculo jurídico que representaba el hecho de que la Constitución Política de 1987, en su artículo 99, estableciera que “La Banca Central, el Sistema Financiero Nacional, los Seguros y Reaseguros, y el Comercio Exterior, como instrumentos de la dirección económica, corresponden al área estatal de manera irrenunciable”.

Ello obligó, en tanto no hubo oportunidad de reformar el texto constitucional, a adoptar una interpretación jurídica de dudosa legalidad, ya que se entendió que la estipulación sólo se refería a los bancos existentes cuando la Constitución Política fue aprobada⁴⁰.

Con todo, en agosto de 1991 fue autorizado el primer banco privado de la “nueva era” (el Banco Mercantil), siguiéndole el BANPRO (noviembre), el Banco de Crédito Centroamericano y el Banco de América Central (BAC), ambos autorizados en diciembre de 1991; ya en 1995 se habían autorizado un total de doce nuevos bancos⁴¹.

Por otra parte, en esa época también se autorizó la creación de la Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras (SIBOIF), en abril de 1991⁴².

Además, con la reforma de la Ley Orgánica del Banco Central, en julio de 1992, se fijó como principal función de éste el mantenimiento de la estabilidad de la moneda nacional, prohibiéndose, salvo excepciones justificadas, el financiamiento del Gobierno Central. En razón de

³⁹ ÁLVAREZ CARDOZA, Derecho Bancario nicaragüense, cit , págs 50 y ss

⁴⁰ ÁLVAREZ CARDOZA, op cit , pág 51

⁴¹ CASTILLO CASTILLO y TIFFER RODRÍGUEZ, La Banca Privada en Nicaragua, cit , pág 101

⁴² ÁLVAREZ CARDOZA, Derecho Bancario nicaragüense, cit , pág 51

lo anterior, el Banco Central dejó de ser el motor del crédito de la economía, a la vez que se inició un proceso de eliminación de las líneas de redescuento de los bancos comerciales⁴³.

El año 1999 es un año clave para la consolidación del proceso de reformas introducidas en este nuevo período histórico, ya que se promulgan algunas de las normas básicas sobre las que se habrá de erigir el sistema financiero actual: La Ley 314, General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos financieros⁴⁴; La Ley 316, de la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras⁴⁵; y la Ley 317, orgánica del Banco Central.

Por su parte, el año 2000 y el 2001 se caracterizaron por una importante crisis en el sistema bancario, misma que culminó con la intervención y liquidación forzosa de cuatro instituciones: el Banco Intercontinental (INTERBANK), cuya liquidación forzosa fue declarada el siete de agosto de 2000; a éste le siguió el Banco del Café (BANCAFÉ), respecto del cual se decretó la liquidación forzosa el 17 de noviembre del año 2000; luego el Banco Mercantil (BAMER), que cerró el 3 de marzo de 2000; y, finalmente, el Banco Nicaragüense de Industria y Comercio (BANIC), cuyo proceso de liquidación se declara el 4 de agosto de 2001⁴⁶.

Ello conducirá a que el 12 de diciembre de 2000 la Asamblea Nacional apruebe la Ley 371, “Ley de Garantía de Depósitos en Instituciones del Sistema Financiero”⁴⁷.

El 2005 será un año clave en la producción normativa bancaria, de modo que se procede a promulgar la actual Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros (Ley No. 561)⁴⁸; además, se reformó hasta por dos veces la Ley de la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras: primero, por la Ley No. 552 (de Reformas a la Ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos

⁴³ ÁLVAREZ CARDOZA, op cit, pág 50

⁴⁴ Es importante destacar que dicha norma fue derogada por la Ley No 561, General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, del 27 de Octubre del 2005 La Gaceta Diario Oficial No 232 del 30 de Noviembre del 2005

⁴⁵ Dicha norma fue reformada, primero, por la Ley No 552, de Reformas a la Ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (La Gaceta Diario Oficial 169 de 31 de Agosto de 2005), después, por la Ley No 564, de Reforma a la Ley No 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (La Gaceta Diario Oficial 228 de 24 de Noviembre de 2005); y, finalmente, por la Ley No 576, de Reforma a la Ley No 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (La Gaceta Diario Oficial 58 de 22 de marzo de 2006)

⁴⁶ Así www.bcn.gob.ni

⁴⁷ La Gaceta Diario Oficial No 21, de 30 de enero de 2001

⁴⁸ La Gaceta Diario Oficial No 232, de 30 de Noviembre de 2005

y de Otras Instituciones Financieras)⁴⁹, y después, por la Ley No. 564 (de Reforma a la Ley No. 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras)⁵⁰; en fin, se procederá a derogar la “Ley de Garantía de Depósitos en Instituciones del Sistema Financiero”, a través de la Ley 551 (Ley del Sistema de Garantía de Depósitos)⁵¹, la que será prontamente reformada por la Ley 563 (Ley de Reforma a la Ley 551)⁵².

Finalmente, en el año 2006 se reformará por tercera vez la Ley de la SIBOIF, a través de la Ley No. 576 (de Reforma a la Ley No. 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras)⁵³.

A manera de conclusión de todo lo que llevamos dicho, podemos afirmar que este período se caracteriza por el hecho de que la actividad financiera bancaria se ha dejado totalmente en manos de la iniciativa privada, limitándose el Estado a su labor de autorización, fiscalización, supervisión y control sobre las entidades que participan de dicha actividad.

Con todo, la nueva coyuntura política parece avizorar la creación del llamado “Banco” o “Banca de Fomento”, de capital estatal, la cual vendrá a atender un segmento del mercado del crédito que hasta ahora ha sido enteramente descuidado por la banca privada que opera en el país.

2. Noción de Derecho Bancario

El derecho bancario es aquel conjunto de normas jurídicas que regulan el quehacer de los bancos y de las demás instituciones financieras análogas que desarrollan, primordialmente, una actividad de intermediación financiera y de prestación de servicios, también, financieros, con recursos propios y del público.

En perspectiva eminentemente jurídica, la actividad que desarrollan los bancos y demás entidades de crédito se asienta sobre la base de la constitución de relaciones patrimoniales con otros sujetos, mediante la

⁴⁹ La Gaceta Diario Oficial No 169, de 31 de Agosto de 2005

⁵⁰ La Gaceta Diario Oficial No 228, de 24 de Noviembre de 2005

⁵¹ La Gaceta Diario Oficial No 168, de 30 de Agosto de 2005

⁵² La Gaceta Diario Oficial No 229, de 25 de Noviembre de 2005

⁵³ La Gaceta Diario Oficial No 58, de 22 de marzo de 2006

conclusión de contratos. De esa forma queda al descubierto el doble aspecto del Derecho bancario, pudiéndose diferenciar, de una parte, el grupo de normas que afectan a la institución crediticia como sujeto de esa actividad, y, de otra, aquéllas que inciden sobre la propia actividad que dicha institución emprende⁵⁴.

El primer aspecto se rige, sobre todo, por normas de Derecho Público administrativo, y a éste compete el estudio de la noción jurídica de banco y de las demás instituciones de crédito, a la vez que la del ejercicio de la profesión de banquero. Por su parte, el segundo aspecto es tutelado, en gran medida, por normas de Derecho privado, que regulan las operaciones bancarias, mismas que se materializan, normalmente, en contratos privados que celebra el banco con sus clientes⁵⁵.

En casi todos los ordenamientos jurídicos conocidos, el Estado regula de forma coactiva el ejercicio de la profesión de banquero, en atención a la enorme difusión de dichas entidades en el Estado moderno y, especialmente, por su pasmosa influencia económico-social en su calidad de mediadores en el crédito y en su papel de valiosos instrumentos de la política crediticia en la organización económica de un país. Es por ello que el Estado viene a establecer un conjunto de garantías a favor de la clientela y, en general, de todo el sistema financiero (entre muchas otras: la fijación de la proporción que debe existir entre los recursos propios del banco y los recursos ajenos que maneja; normas sobre reparto de dividendos activos; sobre apertura de oficinas bancarias o sobre formulación de balances)⁵⁶.

No cabe duda que, en este aspecto institucional, los bancos también se someten a una importante gama de normas jurídicas de carácter privado, entre las que sobresalen aquellas que disciplinan la constitución y el funcionamiento de la sociedad anónima que explotará la “empresa bancaria”⁵⁷.

Tampoco debe perderse de vista que el Derecho contractual bancario, si bien es cierto se caracteriza por una notable influencia de las normas jurídico-privadas, no deja de estar influenciado por algunas normas jurídico-públicas, ya que en sede práctica es imposible establecer una tajante separación entre la disciplina de la profesión de banquero y la disciplina de aquellas operaciones en que se va a manifestar dicha profesión⁵⁸.

⁵⁴ GARRIGUES, Joaquín, Contratos Bancarios, segunda edición, Madrid, 1975, págs 1 y ss

⁵⁵ GARRIGUES, op cit , págs 3 y s

⁵⁶ GARRIGUES, op cit , pág 4

⁵⁷ GARRIGUES, op cit , ibidem

⁵⁸ GARRIGUES, op cit , págs 5 y s

En síntesis, podemos afirmar que el Derecho Bancario no es más que un Derecho Mercantil especializado⁵⁹. Mismo que se caracteriza, como no podía ser de otra forma, por la especial influencia de normas jurídicas privadas en las materias atinentes a la constitución del empresario bancario y a la contratación con terceros. Pero, además, ese derecho mercantil especializado, que es el Derecho Bancario, está fuertemente influido por una serie de normas de carácter público administrativo, sobre todo en lo que respecta al ejercicio de la actividad que desarrolla el susodicho empresario bancario.

⁵⁹ Con todo y que no faltan importantes defensores de la Autonomía del Derecho Bancario, los que postulan que éste no es otra cosa que una auténtica Rama del Derecho Privado, nosotros hemos optado por seguir considerándolo como una parcela especializada del Derecho Mercantil, en tanto en cuanto nos parece que no goza de auténtica autonomía científica, aunque sí académica y en lo que a su producción normativa se refiere

Entre los defensores de la autonomía científica del Derecho Bancario véase por todos a BEÑÉLBAZ, Héctor Ángel y COLL, Osvaldo Walter, Sistema Bancario Moderno, Depalma, Buenos Aires, 1994, págs 319 y ss

CAPÍTULO II

EL MERCADO DEL CRÉDITO EN NICARAGUA

1. La actividad crediticia

1.1 Noción

La actividad financiera que desarrollan los Bancos y demás “instituciones financieras” análogas consiste, primordialmente, en la captación de fondos del público, en forma jurídica de depósito o negocios similares en los que subyace la obligación de su restitución, y en el empleo de tales fondos en la concesión de créditos por cuenta propia. Al igual que las demás actividades financieras, la crediticia propende a la redistribución o asignación de los recursos de las unidades económicas superavitarias a aquellas deficitarias, que están dispuestas a pagar un precio o interés por recibir los aludidos recursos¹.

Así, las entidades de crédito llevan a cabo una actividad de interposición o intermediación financiera, ya que a través de las denominadas “operaciones pasivas” (verbigracia, un contrato de redescuento), obtiene los fondos que coloca mediante las llamadas “operaciones activas” (por ejemplo, un contrato de apertura de crédito o de anticipo). Suplementariamente, los fondos que se facilitan por medio de las operaciones activas pueden, una vez empleados, volver otra vez a las entidades de crédito como fondos de pasivo, ensanchándose de esta manera el crédito y el dinero disponible, gracias al “efecto multiplicador” de la actividad crediticia. Por último, conviene no perder de vista que las instituciones financieras bancarias asumen el denominado “riesgo crediticio” o de devolución de los fondos que facilitan los ahorradores².

1.2 Naturaleza jurídica de la actividad crediticia

Si bien es cierto algún sector de la doctrina sostiene que la naturaleza jurídica de la actividad crediticia es la de tratarse de un servicio público³, empero, nos parece que tal consideración debe descartarse por no

¹ CORTÉS, Luis Javier, “El Mercado del Crédito”, en la obra Uría – Menéndez Curso de Derecho Mercantil, T II, Civitas, Madrid, 2001, pág 477

² CORTÉS, op cit , ibidem

³ Véase en tal sentido DÁVALOS MEJÍA, Derecho bancario y contratos de crédito, cit , págs 478 y ss , especialmente págs 483 y s

presentar la actividad crediticia dos elementos tipificantes de los servicios públicos, esto es: la uniformidad o igualdad y la obligatoriedad⁴.

De tal suerte que, la naturaleza jurídica de la actividad crediticia es la de tratarse de una actividad privada de interés público, que genera responsabilidad aquiliana subjetiva⁵. Y es que, como se ha señalado acertadamente, la naturaleza privatista de la actividad crediticia no es obstáculo para que el Estado ejercite los suficientes y necesarios poderes de fiscalización, bien de cara a la autorización de las instituciones financieras, ya durante el funcionamiento de éstas o, en fin, en orden a la subsistencia o liquidación de dichas entidades, por actuación del denominado “poder de policía”⁶.

1.3 Segmentos del Mercado de Crédito

Si bien es cierto, de manera general, la actividad crediticia participa de idénticos caracteres, no es menos cierto que es posible distinguir distintos enfoques o ámbitos de negocio, o mejor, diferentes segmentos del mercado de crédito⁷. En tal sentido, y siguiendo diversos criterios, es posible distinguir los siguientes tipos de banca:

a). Por el origen de sus fondos⁸:

- Banca estatal: caracterizada, además de por provenir sus fondos del Estado, por ser creada y regulada por leyes orgánicas, en las que se determina sus fines, objetivos, naturaleza, organización y funcionamiento. Lo normal es que la existencia de la banca estatal se justifique por el hecho de querer atender algunos sectores económicos que el Estado considera prioritarios o desatendidos por la iniciativa

⁴ Así, BEÑÉLBAZ y COLL, comentan en tal sentido que “No hay presupuesto normativo que establezca que las entidades financieras deban operar sobre bases uniformes, sea entre sí, sea con sus clientes. La libertad de contratación desvirtúa la igualdad y obligatoriedad de los negocios bancarios. Respecto de la obligatoriedad de la prestación, tampoco existe en la actividad bancaria. Ello contradiría (sic) el principio básico de la libertad de contratación y la figura del “cliente”, que tanta significación tiene en el ámbito de este quehacer. Es decir, no existe la carga de prestar el servicio en cabeza de los bancos”: (Sistema Bancario Moderno, cit., pág. 328)

⁵ Confróntese en tal sentido el Artículo 1 de la Ley 561, General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos Financieros “La presente Ley regula las actividades de intermediación financiera y de prestación de otros servicios financieros con recursos provenientes del público, las cuales se consideran de interés público”

⁶ Vid. BEÑÉLBAZ y COLL, op. cit., págs. 328 y s.

⁷ CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit., págs. 477 y s.

⁸ RODRÍGUEZ—AZUERO, Contratos bancarios. Su significación en América Latina, cit., pág. 106

privada, el mejor de ello en nuestro medio es el famoso “Banco de Fomento” del que tanto se viene hablando.

- Banca Privada: su capital se integra totalmente por aportaciones provenientes de la iniciativa privada.
- Banca Mixta: el capital es aportado tanto por el Estado como por los particulares. Por lo general los que dominan el capital accionario suelen ser estos últimos y, habitualmente, este tipo de instituciones suelen ser el resultado de un proceso de privatización de una antigua institución estatal.

b). Por su domicilio social⁹:

Como es natural, el domicilio social marcará la pauta para la integración del capital de los accionistas del respectivo banco, de tal modo que se habla de:

- Banca Nacional: su domicilio social y los accionistas mayoritarios son nicaragüenses.
- Banca Extranjera: el domicilio social y la mayor parte (o la totalidad, según el caso) de los accionistas son nacionales de países distintos al nuestro.

c). Por el destino de sus fondos¹⁰:

- Banca de primer piso: las relaciones jurídicas patrimoniales que sostiene las lleva a cabo, por lo general, con el usuario final del servicio.
- Banca de Segundo Piso: Usualmente captan grandes cantidades de fondos, generalmente de organismos financieros internacionales, que luego son colocados en las instituciones de crédito de primer piso, o bien, se destinan a proyectos productivos o sociales que requieren de ingentes cantidades de recursos.

d). Por las operaciones que emprende:

- Banca Universal (conocida también como Banca Múltiple o Banca Integrada): tiene vocación de llegar a todo tipo de clientes y realizar todas aquellas operaciones de financiación, activas y de servicios

⁹ RODRÍGUEZ—AZUERO, op cit , págs 105 y s

¹⁰ ÁLVAREZ CARDOZA, Derecho Bancario Nicaragüense, cit , pág 20

¹¹ BONEO VILLEGAS, Eduardo J y BARREIRA DELFINO, Eduardo A , Contratos Bancarios Modernos, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, págs 13 y s

que no le sean prohibidas por la ley o por disposición del órgano de control de la actividad financiera¹¹.

- Banca especializada: Ofrece atención preferente a cierto tipo de clientes o tan solo realiza determinado tipo de operaciones¹². Así se distingue:
 - * “Banca Privada” o para clientes: por lo general atiende a personas físicas, de elevado patrimonio y recursos.
 - * Banca al por mayor: orientada a grandes empresas y a operaciones de gran volumen.
 - * Banca al por menor o dirigida: orientada a familias, particulares, pequeñas y medianas empresas¹³.
 - * Banca Comercial o de Depósito: lo normal es que capte recursos del mercado a través de depósitos, los que luego facilita a través de créditos a corto plazo, que suelen satisfacer las necesidades de circulante de los comerciantes y las singulares necesidades de consumo ordinario.
 - * Banca de Inversión (o Bancos Financieros): obtienen recursos a través de depósitos a mediano y largo plazo, así como por medio de la emisión de bonos u obligaciones, de modo que luego los colocan en operaciones de medio y largo plazo, en especial para financiar actividades empresariales o de infraestructura.
 - * Banca Hipotecaria: realizan operaciones pasivas de emisión de cédulas o bonos hipotecarios (títulos que de forma usual se encuentran respaldados por los créditos constituidos a su favor), para luego colocar sus recursos en proyectos de construcción de viviendas, generalmente garantizada por el mismo inmueble que se habilita.
 - * Banca Fiduciaria: Generalmente realizan operaciones de fideicomiso, a través de las cuales obtienen los recursos del público¹⁴.

1.4 Fuentes adicionales de financiación ajena

Es importante destacar que la actividad crediticia, en sentido estricto (esto es, captación de recursos por vía de depósitos de público y su posterior concesión por vía de créditos), no agota la actividad empresarial que suelen desarrollar las modernas entidades que emprenden este tipo de tráfico. Así, estas entidades utilizan otras “fuentes adicionales

¹² BONEO VILLEGAS y BARREIRA DELFINO, op cit , pág 14

¹³ CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit , pág 478

¹⁴ RODRÍGUEZ—AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , págs 103 y ss

de financiación ajena”, entre las que sobresale el recurso al mercado interbancario, a la emisión de valores (bonos de caja y tesorería, títulos hipotecarios, entre otros) o a la titulización de activos crediticios. Además, la banca suele, cada vez más, realizar inversión en cartera de renta fija o variable, financiera o industrial. Igualmente, las entidades de crédito han incursionado en la realización de servicios financieros y de inversión, por cuya ejecución reciben una contraprestación¹⁵.

Dentro de las “fuentes adicionales de financiación ajena” sobresale la financiación por parte del Banco Central. Aquí, por lo importante del tema a tratar, conviene detenerse, aunque sea brevemente.

En principio, el inciso 4 del artículo 5 de la Ley 317, Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua¹⁶, establece, dentro de las funciones y atribuciones del Banco Central, la de “actuar como banquero de los Bancos y de las demás instituciones financieras, de acuerdo con las normas dictadas por el Consejo Directivo del Banco”.

Así, el Banco Central podrá conceder a los Bancos e instituciones financieras, préstamos o anticipos como apoyo para enfrentar dificultades transitorias de liquidez, por un plazo máximo de 30 días, con garantía de documentos calificados como elegibles por el Consejo Directivo, mediante resolución de carácter general. Asimismo, corresponderá al Consejo Directivo fijar, mediante resolución, el límite máximo de endeudamiento de los Bancos e instituciones financieras con el Banco Central, en base a un porcentaje del patrimonio del respectivo Banco. En ningún caso el Banco Central otorgará crédito a Bancos que, de acuerdo con informe de la Superintendencia de Bancos, mantengan deficiencias en el cumplimiento del nivel de capital total requerido en relación con sus activos ponderados de riesgo (art. 41 LOBCN).

El Consejo Directivo del Banco Central determinará el porcentaje máximo con relación al valor de las garantías, que podrá ser prestado en cada una de las modalidades de crédito de las que venimos tratando. Asimismo, el Banco Central, dentro de sus facultades, podrá establecer condiciones adicionales para las diversas operaciones de crédito, restringir los plazos máximos, exigir márgenes de seguridad entre el importe de los préstamos y el valor de las garantías, y sin que constituya asignación de cupos de crédito, fijar el monto total de las operaciones

¹⁵ CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit , pág 478

¹⁶ La Gaceta Diario Oficial 197, del 15 de octubre de 1999

¹⁷ Artículos 42 al 44 LOBCN

de crédito que pudiera efectuar con una misma empresa bancaria. De igual forma, el Banco Central decidirá con entera independencia la aceptación o el rechazo de cualquier documento o solicitud de crédito que se le presente¹⁷.

Por lo que respecta a la tasa de interés de dichas operaciones, el Banco Central señalará, por vía general, las tasas de interés que cobrará a los Bancos por sus operaciones de crédito. Además, se podrán establecer tasas diferenciales para las distintas clases de operaciones (art. 39 LOBCN).

En fin, el Banco Central con sujeción a los límites establecidos en el artículo 50 de su Ley creadora¹⁸, podrá comprar, vender, descontar y redescontar a los Bancos, letras del Tesoro y otros títulos de deuda pública, provenientes de emisiones públicas¹⁹.

2. Fuentes de la regulación de la actividad crediticia

2.1 Concepto y sistema general de fuentes del derecho

Algún autor se atreve a asegurar que, en sentido técnico y de manera general, “las fuentes jurídicas son aquellos medios de que se vale el Derecho objetivo para manifestarse exteriormente”²⁰.

No obstante, es afirmación extendida que la noción de “Fuente del Derecho” es equívoca, por tal razón se suele hablar, con un poco más de precisión, de fuente material y fuente formal. Por lo que respecta a la primera, esta se refiere a los elementos o fuerzas sociales que contribuyen a la creación del Derecho, verbigracia: la tradición, la convicción jurídica de los comerciantes, el Estado, entre otras. Ahora bien, cuando hablamos de fuente formal nos referimos a la “forma externa de manifestarse el Derecho Positivo”²¹.

¹⁸ Art 50 LOBCN “El Banco Central podrá comprar y vender en el mercado secundario, títulos de deuda pública con vencimiento máximo de un año y otros valores oficiales con igual vencimiento máximo y calificados como elegibles por el Consejo Directivo El valor total de los títulos públicos que podrán ser adquiridos por el Banco Central estará limitado por el programa monetario anual La adquisición o venta de estos títulos solamente se hará con el propósito de influir los agregados monetarios y nunca como medio de financiación directa o indirecta del ente público emisor del título”

¹⁹ Artículo 40 LOBCN

²⁰ URÍA, Rodrigo, Derecho Mercantil, vigésimo cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, Pág 15

²¹ GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, séptima edición, revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, pág 115

De hecho, de los dos momentos que pueden distinguirse para la creación de la norma jurídica -cómo se forma la convicción jurídica en la conciencia popular y cómo se exterioriza en un momento ulterior-, a la teoría de las fuentes en sentido formal tan solo le interesa el modo en que se manifiesta el Derecho, su lado externo. En tal sentido realmente no existen fuentes del Derecho genuinamente productivas, más bien son, única y esencialmente, inventivas o de descubrimiento. “La fuente del Derecho no produce el Derecho, se limita a descubrirlo, a inventarlo, a exteriorizarlo”²².

Una vez hecha la precisión anterior, estamos en condiciones de afirmar que realmente no existe una teoría propia de las fuentes de Derecho Bancario, ello obedece a que éste no ofrece formas especiales de exteriorización distintas de las del Derecho Civil, ambos se revelan a través de dos fuentes fundamentales: la ley y la costumbre. En otras palabras, no hay una diversidad de fuentes, lo que sí hay es una diversidad de normas -aquellas contenidas en la ley o en la costumbre bancaria-²³.

2.2 Jerarquía de las Fuentes del Derecho Bancario

Hemos dicho en la Unidad I de esta obra que el Derecho Bancario es un Derecho Mercantil especializado, por tal razón pareciera lógico que el “sistema de fuentes” de la materia se debe ceñir a lo señalado en el artículo 2 del Código de Comercio, mismo que establece el sistema y jerarquía de fuentes imperantes en materia mercantil.

Así, dicho precepto instituye que “En los casos que no están especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil; y en defecto de éstos, se aplicarán las costumbres mercantiles, prevaleciendo las locales o especiales sobre la general”. No obstante, en contra de la aplicación, sin más, de dicho sistema de fuentes a la materia bancaria, se alza el artículo 1157 Cc. el cual prescribe que “Las instituciones de crédito se regirán por una ley especial...”.

Como puede inferirse, al tenor de dicho canon es posible afirmar que el sistema de fuentes del “Derecho mercantil especializado” que es el Derecho Bancario vendrá a alterarse sustancialmente. Así, en primer

²² GARRIGUES, op cit , ibidem

²³ Véase en sentido similar URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, “Las fuentes y la aplicación del Derecho Mercantil” en la obra Uría – Menéndez Curso de Derecho Mercantil, T I, Civitas, Madrid, 1999, págs 45 y s

lugar vendrá a colocarse la Ley Bancaria, seguida de la Ley mercantil común. En tercer puesto, siguiendo el sistema instaurado por el artículo 2 Cc., nos parece que debe ubicarse el Derecho Común contenido en el Código Civil; para luego situarse las Circulares (mejor conocidas entre nosotros como “Resoluciones”) y, finalmente, los Usos bancarios.

a). La Ley Bancaria

A falta de normas especiales contenidas en el Código de Comercio, priman en materia bancaria las siguientes leyes especiales:

- Ley 561. Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros (Gaceta 232, de 30 de Noviembre de 2005).
- Ley 316. Ley de la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras (Gaceta 196, de 14 de octubre de 1999). Reformada, primero, por la Ley No. 552, de Reformas a la Ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (Gaceta 169, de 31 de Agosto de 2005); después, por la Ley No. 564, de Reforma a la Ley No. 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras (Gaceta 228, de 24 de Noviembre de 2005); y, finalmente, por la Ley No. 576, de Reforma a la Ley No. 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras (Gaceta 58, de 22 de marzo de 2006).
- Ley 317. Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua (Gaceta 197, de 15 de octubre de 1999).
- Ley 551. Ley del Sistema de Garantía de Depósitos (Gaceta 168, de 30 de Agosto de 2005). Reformada por la Ley 563. Ley de Reforma a la Ley 551 (Gaceta No. 229, de 25 de Noviembre de 2005).
- Ley 515. Ley de promoción y ordenamiento del uso de la tarjeta de crédito (Gaceta 11, de 17 de enero de 2005).

Junto a estas normas vendrán a colocarse un sinnúmero de disposiciones de carácter reglamentario que emanan de la Superintendencia de Bancos.

b). La Ley Mercantil Común

Aquí incluimos no sólo el Código de Comercio de la República de Nicaragua, sino que también algunas “Leyes Mercantiles especiales”, no bancarias, verbigracia: la Ley General de Títulos Valores (Decreto No. 1824. Gacetas 146 a la 150, y 170, de julio de 1971).

c). El Derecho Común

La mayor parte de la doctrina afirma, al menos en Derecho comparado, y a decir verdad uno que otro autor patrio -seguramente atendiendo a las razones de aquéllos-, que éste no ostenta el auténtico carácter de fuente de la materia mercantil²⁴, y menos en la bancaria, que como sabemos no es más que una parcela especializada de aquélla.

Ello se explica por el carácter complementario del Código Civil en los asuntos mercantiles, de tal suerte que el Civil se nos presenta, respecto del Derecho privado mercantil, como un Derecho subsidiario.

Con todo, atendiendo al criterio “formal” del artículo 2 del Código de Comercio no nos queda más remedio que situar al Derecho común, en la jerarquía de fuentes del derecho Bancario, en tercer grado de importancia.

d). Las resoluciones o “Circulares” de la SIBOIF

Junto a las distintas normas de rango legal, ha de señalarse la enorme importancia que han alcanzado las “resoluciones” (o, mejor, “circulares”) que el Consejo Directivo de la Superintendencia emite para disciplinar o desarrollar determinadas materias²⁵.

²⁴ Vid. entre nosotros ORÚE CRUZ, José René, Manual de Derecho Mercantil, Hispamer, Managua, 2003, pág 45

²⁵ En tal sentido conviene revisar el Artículo 10 de la Ley 316 (reformada aquí por el artículo 1 de la Ley 552) “Corresponde al Consejo Directivo de la Superintendencia

- 1 Dictar normas generales para fortalecer y preservar la seguridad y confianza del público en las instituciones bajo la supervisión, inspección, vigilancia y fiscalización de la Superintendencia
- 2 Dictar normas generales que promuevan una adecuada, ágil, moderna y práctica supervisión sobre las instituciones sujetas a la supervisión, inspección, vigilancia y fiscalización de la Superintendencia
- 3 Dictar normas generales para evitar o corregir irregularidades o faltas en el funcionamiento o las operaciones de las Instituciones Financieras que, a juicio del Consejo Directivo, pudieran poner en peligro los intereses de los depositantes, la estabilidad de alguna Institución o la solidez del Sistema Financiero
- 4 Autorizar la constitución de las nuevas instituciones a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley, de conformidad a lo establecido por la ley de la materia
- 5 Aprobar normas generales que aseguren el origen lícito del capital de las Instituciones Financieras y para prevenir el lavado de dinero y otros activos dentro del sistema financiero y los sectores vinculados, tales como emisores de tarjetas de crédito, agencias de bienes raíces, arrendadoras de vehículos y prestamistas
- 6 Aprobar normas generales sobre capital requerido, grupos financieros y operaciones, contratos y transacciones con partes relacionadas, de conformidad con las leyes financieras
- 7 Aprobar los criterios generales de evaluación y clasificación de los activos de riesgo, las pautas para la constitución de reservas y provisiones, las condiciones para distribución de utilidades y todo lo relacionado a las agencias de clasificación de riesgo y peritos valuadores
- 8 Emitir las normas necesarias para impedir actividades u operaciones que perjudiquen a terceros, o propicien la concentración de riesgos, en consecuencia podrá, entre otras

e). Los usos Bancarios

Los usos bancarios juegan un papel destacado en el sistema de fuentes del Derecho bancario, debido a que la legislación de la materia se presenta como un conjunto fragmentario e incompleto, como prueba de tal aserto basta con revisar la ingente, y ya mencionada, labor “reglamentaria” que lleva a cabo la Superintendencia de Bancos.

Los usos en materia bancaria se forman a partir de las prácticas profesionales que dominan tácitamente la conclusión de los contratos

- a) Establecer las disposiciones reglamentarias para hacer efectivos los límites máximos de crédito e inversión individual, aplicables a los bancos e instituciones financieras no bancarias
 - b) Establecer regulaciones en materia de obligaciones contingentes
 - c) Establecer las reservas de capital que en general o por categorías de instituciones sean requeridas
 - d) Fijar el monto de reservas generales para saneamiento de cartera e inversiones
 - 9 Emitir las normas generales necesarias tendentes a evitar que las instituciones que se encuentren bajo su jurisdicción se dediquen a la realización de actividades para las que no fueron autorizadas
 - 10 Establecer normas sobre la auditoría interna y externa de las instituciones del sistema financiero, sistemas de suministro y obtención de información y requerimientos de documentación para expedientes, registros y archivos de las instituciones supervisadas
 - 11 Dictar las normas relacionadas a las inversiones y depósitos de las instituciones en el país y en el extranjero, así como para el establecimiento de reservas técnicas y matemáticas de las Instituciones de seguros
 12. Conocer de la situación general del sistema financiero y la situación particular de las instituciones bajo la supervisión, inspección, vigilancia y fiscalización de la Superintendencia
 - 13 Ordenar la intervención de cualquier entidad sometida a la Vigilancia de la Superintendencia o solicitar la disolución o liquidación de ésta según corresponda, en el caso en que habiendo incurrido dicha entidad en una de las causales que harían obligatorio para la Superintendencia dichas medidas, éste se haya negado a ejecutarla cuando el Consejo se lo haya formalmente solicitado. En este caso específico, el Consejo conocerá directamente y en única instancia de los recursos que los interesados puedan interponer contra su decisión, y así se agotará la vía administrativa
 - 14 Conocer en apelación de las resoluciones emitidas por el Superintendente de Bancos conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la presente Ley, en estos casos el Superintendente deberá inhibirse de conocer y votar sobre esa materia
 - 15 Autorizar el Presupuesto de Ingresos y Egresos de la Superintendencia y conocer de su liquidación al final de cada ejercicio
 - 16 Conocer de previo, para fines de información, el informe anual que el Superintendente vaya a presentar a la Asamblea Nacional, sobre su gestión administrativa
 - 17 Realizar cualquier otra supervisión en materia financiera que dispongan las leyes de la República y las que esta Ley atribuya a la Superintendencia, que no estén expresamente atribuidas otro órgano o funcionario de la misma
 - 18 Dictar su propio reglamento interno
 - 19 Evacuar las consultas solicitadas por terceros sobre aspectos legales y técnicos vinculados al quehacer de las instituciones del Sistema Financiero
- Las disposiciones aquí enumeradas no son limitativas y en consecuencia el Consejo podrá realizar todas aquellas actividades de regulación general compatibles con el objeto de esta Ley”

de tal tipo, de modo que, cuando las partes guarden silencio, se entiende que éstas han querido seguir dichas prácticas. En tales casos el uso sirve como medio de interpretación que completa la declaración de voluntad, que bien adolece de algún defecto, o bien puede tildarse de insuficiente o defectuosa. Así, el uso prevalece sobre las normas de derecho dispositivo, en tanto en cuanto presuponen una voluntad contractual²⁶.

También, es común que los usos se materialicen en las denominadas “condiciones generales de la contratación” que reflejan la experiencia acumulada por los Bancos en la materia, y son fijadas de forma unilateral por éstos²⁷. Aunque ello pudiese parecer un óbice para admitir su validez, dado que dichas condiciones reflejan los intereses particulares del Banco contratante, dicha conclusión no puede ser admitida en atención a la libertad que tiene la otra parte de aceptarlas o simplemente no contratar.

3. Instituciones financieras bancarias e instituciones financieras no bancarias “análogas”

3.1 Precisión preliminar

Al tenor de lo prescrito por el artículo 1 de la Ley 561, General de Bancos, Instituciones Financieras no bancarias y Grupos Financieros (en adelante Ley 561 o LGBOIF), dicha norma regula las actividades de intermediación financiera y de prestación de otros servicios financieros con recursos provenientes del público, las cuales se consideran de interés público.

Así, en virtud de la realización de cualquiera de las actividades reguladas en dicha Ley, quedan sometidos a su ámbito de aplicación, con el alcance que ella prescribe: Los Bancos; las instituciones financieras no bancarias que presten servicios de intermediación bursátil o servicios financieros con recursos del público, calificadas como tales por la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras; las sucursales de bancos extranjeros; los grupos financieros; y las Oficinas de Representación de Bancos y Financieras Extranjeras.

Por lo que hace a las “instituciones financieras no bancarias”, de la lectura del artículo 131 de la Ley 561 se desprende que se califica como

²⁶ GARRIGUES, Contratos Bancarios, cit , pág 16

²⁷ Así GARRIGUES, op cit , ibidem

tales a aquellas entidades “que prestan servicios de intermediación bursátil o servicios financieros con recursos del público”, agregando la norma, además, que éstas serán reguladas por lo establecido en el Título IV de la Ley y por sus respectivas leyes especiales, si las tuvieran, en todo lo que no se le oponga al señalado Título.

De ello se desprende fácilmente la pertenencia a dichas “instituciones financieras no bancarias” de las entidades ligadas a la actividad bursátil (bolsas de valores, puestos de bolsa, entidades de compensación y liquidación, entre otras). No obstante, el concepto “servicios financieros con recursos del público” resulta sumamente indeterminado, de tal forma que, si bien es cierto parece bastante obvio que pertenecerán a esta categoría las instituciones financieras, distintas a los Bancos, que presten servicios financieros con recursos del público, la pregunta clave es, en términos prácticos, cuáles son esas entidades.

Un primer conato de respuesta puede extraerse de la lectura del artículo 8 de la Ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras²⁸, mismo que establece que la Superintendencia de Bancos tendrá cuatro Intendencias especializadas, las cuales serán: la Intendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras; la Intendencia de Valores; la Intendencia de Seguros; y la Intendencia de Almacenes Generales de Depósito. Ello sin perjuicio de que el Consejo Directivo de la Superintendencia, a solicitud del Superintendente, tiene la facultad de autorizar la creación y organización de otras intendencias.

De modo que, si se han creado, junto a la intendencia de Bancos y otras instituciones financieras y la de valores (que ya se pueden intuir como necesarias a partir de la prelectura de la Ley que hemos llevado a cabo), una intendencia de Seguros y otra de Almacenes Generales de Depósito; quiere decir esto que ¿Las instituciones financieras, distintas a los Bancos, que presten servicios financieros con recursos del público, son las entidades de Seguros y los Almacenes Generales de Depósito?

En principio habrá que decir que no, ya que el segundo párrafo del artículo 131 de la Ley 561 prevé que, a los efectos de la Ley, “también se consideran como instituciones financieras no bancarias a las compañías de seguros y a los almacenes generales de depósito como instituciones auxiliares de crédito”. En otras palabras, junto con las entidades ligadas

²⁸ La Gaceta Diario Oficial 196 del 14 de octubre de 1999

a la actividad bursátil y a aquéllas otras, distintas a los Bancos, que prestan servicios financieros con recursos del público, la norma viene a considerar “también” (esto es, a nuestro criterio, asimiladas a éstas) como instituciones financieras no bancarias a las que realizan una actividad aseguradora o de depósito, bajo la forma de Almacenes Generales.

Pero ello nos lleva a una nueva pregunta ¿Son las entidades que prestan servicios de intermediación bursátil, las de seguros y los Almacenes Generales de Depósito las únicas instituciones financieras no bancarias? Toda vía más, ¿cuáles son las instituciones financieras no bancarias, es decir distintas a los bancos, que prestan servicios financieros con recursos del público? A decir verdad, la respuesta a tales interrogantes se plantea bastante compleja.

En principio parecería que las únicas instituciones financieras no bancarias son precisamente las vinculadas, respectivamente, a la actividad bursátil, aseguradora y de depósito en Almacenes Generales. Pero, lo cierto es que ello viene a ser desmentido por el hecho de que, desde siempre (incluso bajo el régimen jurídico de la Ley 314), la SIBOIF ha venido ejerciendo sus facultades de supervisión sobre otras entidades distintas a las bursátiles, de seguros y a los almacenes generales de depósito. Entre otras, las “Sociedades Financieras y de Inversión” y las “Entidades de Leasing o arrendamiento Financiero”.

Por lo que hace a las “Sociedades Financieras y de Inversión” y a las “Entidades de Leasing o de arrendamiento Financiero”, sus propias

²⁹ Art 147 LGBOIF “Para los fines de esta Ley son Empresas Financieras de Régimen Especial aquellas constituidas en la República de Nicaragua o en el extranjero que mantienen con bancos e instituciones financieras no bancarias vínculo de propiedad, administración o uso de imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, deciden el control electivo de común acuerdo. El carácter especial de estas empresas radica en que, no obstante no prestar servicios de intermediación bursátil o servicios financieros con recursos del público, quedan sujetas a los requisitos de supervisión consolidada en los términos de este Título. Las Empresas Financieras de Régimen Especial deberán tener objeto social único. Entre estas empresas se encuentran las de

1 Operaciones de factoraje;

2 Arrendamiento financiero;

3 Administradoras de fondos de pensiones;

4 Servicios de transferencia de dinero;

5 Emisión y administración de medios de pago tales como tarjetas de crédito, tarjetas de débito, cheques de viajero, giros bancarios, cheque de cajero, cheque de gerencia y otros similares;

6 Garantías y compromisos;

7 Casas de cambio;

8 Cualquier otra que determine el Superintendente en base a norma general que emita el Consejo Directivo

normas creadoras dejan muy claro que serán aprobadas y supervisadas por la SIBOIF. No obstante, como luego se verá, en el caso particular de las Entidades de Leasing, éstas pareciesen, a priori, haber salido de este redil por disposición expresa del artículo 147.2 de la Ley 561²⁹.

Con todo, la dicción del artículo 151 LGBOIF³⁰ deja entrever que las Entidades de arrendamiento financiero no sólo se podrán constituir como “Empresas Financieras de Régimen Especial” (ligadas por ende a un grupo financiero), si no que, además, podrán constituirse fuera de ese ámbito, es decir como instituciones financieras “autónomas”.

Por otro lado, no debe resultar extraño que las “Sociedades Financieras y de Inversión”, y las “Entidades de Leasing o de arrendamiento Financiero” sean “instituciones financieras no bancarias”; ya que, a decir, verdad, deben encuadrarse en tal categoría, si cabe, todavía con mayor “autoridad” que las compañías vinculadas a la actividad bursátil, a la aseguradora y los Almacenes Generales de Depósito. Y es que, nos parece que se trata de instituciones financieras “no bancarias” no desde la perspectiva, obvia, de que son instituciones distintas a los Bancos, si no que en un sentido más propio: esto es, que a pesar de tener una estructura disímil a la de un Banco, desarrollan una actividad análoga a la de aquél, en tanto en cuanto las actividades que desarrollan dichas entidades también son prestadas por los bancos. Por ende, estas son, en nuestra opinión, las verdaderas “instituciones no bancarias”.

Sin embargo, por razones eminentemente prácticas, al carecer nuestro país de una intendencia especializada y autónoma en materia de bursátil, de Seguros y de Almacenes Generales de Depósito, el legislador ha venido a incluir en el concepto de “instituciones financieras no bancarias”, no sólo a las instituciones que, desarrollando una actividad financiera de naturaleza similar a la de un Banco, básicamente se diferencian de él en cuanto a su constitución y estructura; si no que también a otro género de instituciones (entidades bursátiles, de Seguros y Almacenes Generales de Depósito) que, pese a que desarrollan una actividad de naturaleza financiera, dicha actividad en muy poco se parece a la propia de las entidades bancarias, ya que su género de negocio se desarrolla por otros derroteros (bolsa, seguros, depósito de mercaderías con emisión de

La constitución de las empresas referidas en este artículo, sus operaciones, capital social mínimo, requisitos de solvencia, aspectos contables y de auditoría, entre otros, podrán ser normados para cada tipo de empresa y con carácter general por el Consejo Directivo de la Superintendencia, en tanto no se dicte ley especial que las regule”

³⁰ Art 151 LGBOIF “Las empresas a que se refiere el presente Capítulo que no formen parte de un grupo financiero, seguirán sujetas a su propio marco legal”

resguardos)³¹, y todavía más, como es obvio, estas últimas instituciones poco tienen que ver, en su estructura, con los Bancos.

En síntesis, de forma equívoca se han venido tratando como “instituciones financieras no bancarias” a entidades que no sólo no son Bancos desde un punto de vista estructural, sino que tampoco no realizan la actividad prototípica de los Bancos, a saber, la “intermediación o interposición financiera”. Tal opción legislativa no puede menos que tildarse de errónea. Porque, en buena medida, desvirtúa la noción de “instituciones financieras no bancarias”.

Lejos de lo que podría pensarse, la nueva Ley, la 561, no contribuye en mucho a aclarar esta situación, ya que en el Título V, dedicado a los Grupos Financieros, se introduce un Capítulo IV dedicado a las “Empresas Financieras de Régimen Especial”, entendiéndose por estas, al tenor del artículo 147 de la Ley:

“aquellas que mantienen con bancos e instituciones financieras no bancarias vínculos de propiedad, administración o uso de imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, deciden el control efectivo de común acuerdo. El carácter especial de estas empresas radica en que, no obstante no prestar servicios de intermediación bursátil o servicios financieros con recursos del público, quedan sujetas a los requisitos de supervisión consolidada en los términos de este Título. Las Empresas Financieras de Régimen Especial deberán tener objeto social único. Entre estas empresas se encuentran las de: 1. Operaciones de factoraje; 2. Arrendamiento financiero; 3. Administradoras de fondos de pensiones; 4. Servicios de transferencia de dinero; 5. Emisión y administración de medios de pago tales como tarjetas de crédito, tarjetas de débito, cheques de viajero, giros bancarios, cheque de cajero, cheque de gerencia y otros similares; 6. Garantías y compromisos; 7. Casas de cambio; 8. Cualquier otra que determine el Superintendente, en consideración a la naturaleza de las operaciones que realicen. La constitución de las empresas referidas en este artículo, sus operaciones, capital social mínimo, requisitos de solvencia, aspectos contables y de auditoria, entre otros, podrán ser normados para cada tipo de empresa y con carácter general por el Consejo Directivo de la Superintendencia, en tanto no se dicte ley especial que las regule”.

³¹ Cfr. en tal sentido lo prescrito por el Art. 57 LGBOIF “Queda estrictamente prohibido a todo banco: 7. Dedicarse a operaciones de seguros en general que no estén vinculadas a sus operaciones propias de banco. 8. Realizar operaciones propias de los almacenes generales de depósito.”

Y es que, como puede observarse de la enumeración ofrecida por la norma, bajo el concepto de “Empresas Financieras de Régimen Especial”, han venido a recogerse a las empresas que, en verdad, como ya dijimos, desarrollan una actividad financiera de naturaleza similar a la de un Banco (basta revisar en tal sentido la dicción del artículo 53 LGBOIF que establece las operaciones que puede realizar un banco), aunque, básicamente, se diferencian de él en cuanto a su constitución y estructura.

Dicho de otra forma, la mayoría de estas empresas realizan, al igual que un Banco, una actividad de intermediación o interposición financiera; aunque aquí quizás vale la pena aclarar que, con todo y que el artículo 147 LGBOIF declare que tales entidades no prestan “servicios financieros con recursos del público”, el legislador olvida que tales recursos del público no sólo se obtienen a través de contratos de depósito (que es el negocio jurídico prototípico a través del cual los obtienen los bancos), sino a través de “otras fuentes adicionales de financiación ajena” (verbigracia: la emisión de valores o la titulización de activos crediticios). Por ello, no se entiende la torpeza del legislador en no incluirlas bajo el concepto de “instituciones financieras no bancarias”, o todavía mejor, el no haberlas dotado de un concepto que evidenciara mejor su verdadera naturaleza.

Y es que, no me parece que sea satisfactorio que el legislador se conforme con establecer que “el carácter especial de estas empresas radica en que, no obstante no prestar servicios de intermediación bursátil o servicios financieros con recursos del público, quedan sujetas a los requisitos de supervisión consolidada en los términos de este Título”. Bastaba con que el legislador pusiera en evidencia que “el carácter especial de estas empresas” viene dado por el hecho, sobre el que tantas veces hemos insistido, de tratarse de entidades que, pese a que formalmente no cumplen los requisitos para ser consideradas como un Banco, realizan actividades esencialmente idénticas a las de éste.

Con todo, nosotros en esta obra sólo nos referiremos a las “instituciones financieras no bancarias” análogas a los Bancos, que son objeto, hasta el día de hoy, de supervisión de la SIBOIF.

3 2 Los Bancos

3 2.1 Noción y notas características

El artículo 2 de la Ley 561 ofrece una noción de Bancos. Así, “para los

efectos de esta Ley, son Bancos las instituciones financieras autorizadas como tales, dedicadas habitualmente a realizar operaciones de intermediación con recursos obtenidos del público en forma de depósitos o a cualquier otro título, y a prestar otros servicios financieros”.

Como puede observarse, la norma pone su atención en tres elementos que vendrán a caracterizar a los Bancos:

- a) El carácter de empresa que tienen los bancos; aunque, conviene aclarar, dicho carácter sólo se encuentra tímidamente insinuado en la expresión “dedicadas habitualmente”, de modo que, para terminar de perfilar dicho carácter hay que observar que los bancos, necesariamente, para constituirse como tales deben adoptar la forma de una sociedad anónima especial (aspecto sobre el que luego volveremos).
- b) El ejercicio de la labor de intermediación financiera con recursos del público, principalmente, los que percibe en forma de depósito;
- c) En fin, la facultad de prestar otros servicios financieros distintos a la mera labor de intermediación financiera. En este último sentido basta con revisar, especialmente, el artículo 53 de la Ley 561:

“Los Bancos podrán efectuar las siguientes operaciones:...2. Aceptar letras de cambio y otros documentos de crédito girados contra ellos mismos o avalar los que sean contra otras personas y expedir cartas de crédito; 3. Celebrar contratos de apertura de créditos, realizar operaciones de descuentos y conceder adelantos; 4. Realizar operaciones de factoraje; 5. Realizar operaciones de arrendamiento financiero y operativo; 6. Emitir o administrar medios de pago tales como tarjetas de crédito, tarjetas de débito y cheques de viajero; 7. Otorgar fianzas, avales y garantías que constituyan obligaciones de pago. Previa verificación de los términos y condiciones pactadas, las fianzas, avales y garantías emitidas por una institución bancaria deberán ser honradas por esta en lo que corresponda, con la presentación del documento original que las contiene y la manifestación del beneficiario acerca del incumplimiento del avalado, afianzado o garantizado. El Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos podrá dictar normas generales que regulen estas operaciones; 8. Efectuar operaciones con divisas o monedas extranjeras; 9. Mantener activos y pasivos en moneda extranjera; 10. Participar en el mercado secundario de hipotecas; 11. Efectuar operaciones de titularización de activos; 12. Negociar por su propia cuenta o por cuenta de terceros: a. Instrumentos de mercado monetario tales como pagarés y certificados

de depósitos; b. Operaciones de comercio internacional; c. Contratos de futuro, opciones y productos financieros similares; d. Toda clase de valores mobiliarios, tales como: bonos, cédulas, participaciones y otros; en el caso de inversiones en acciones o participaciones, se procederá de acuerdo al Artículo 57, numeral 1 de esta Ley³².

Además, podrán realizar cualquiera otra operación de naturaleza financiera que apruebe de manera general el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos.

El Consejo Directivo de la Superintendencia está facultado para dictar normas administrativas de carácter general, respecto a la ejecución de cualquiera de las operaciones antes mencionadas, sean realizadas éstas por los bancos o por instituciones financieras no bancarias”.

3.2.2 Creación, registro e inicio de operaciones del banco

Todo Banco que se organice en Nicaragua deberá constituirse y funcionar como Sociedad Anónima de acuerdo con la Ley de la materia, el Código de Comercio y demás leyes aplicables a este tipo de sociedades, siempre y cuando no estuviesen modificadas por la Ley de la materia³³. Las acciones en las que se dividirá el capital social serán nominativas e inconvertibles al portador.

Llama poderosamente la atención que, a diferencia de lo que establecía la Ley 314 (ningún accionista podrá ser dueño de más del 20% de dichas acciones, excepto el Estado, y las personas jurídicas, nacionales o extranjeras que, autorizadas legalmente, se dediquen al negocio financiero, o cuyo único objeto sea la tenencia de acciones de Bancos o de instituciones financieras no bancarias. En este último caso, ninguna persona natural, o persona jurídica no dedicada al negocio financiero

³² Art 57 LGBOIF “Queda estrictamente prohibido a todo banco 1 Comprar, con excepción de aquéllas que formen parte de un portafolio negociable según lo determine el Consejo Directivo de la Superintendencia, y conservar acciones o participaciones en sociedades o empresas, salvo en bancos, instituciones financieras no bancarias y entidades financieras de régimen especial, conforme lo indicado en el artículo 142 de esta Ley Cuando se trate de acciones o participaciones adquiridas judicial o extrajudicialmente en defensa de créditos, deberán traspasarlas o liquidarlas en un plazo no mayor de dos años, el cual podrá ser prorrogado por acuerdo de su Junta Directiva y posterior aprobación del Superintendente de Bancos El Consejo Directivo de la Superintendencia establecerá mediante norma general, el monto de las inversiones que pueden tener los bancos en otros bancos, en instituciones financieras no bancarias y entidades financieras de régimen especial”

³³ Artículo 3 de la Ley 561

podrá ser dueña de más del 20% de las acciones de dicha sociedad tenedora de acciones³⁴), la nueva Ley no establece ningún tipo de limitaciones en tal sentido.

Las personas que tengan el propósito de establecer un Banco deberán presentar una solicitud a la Superintendencia, que contenga los nombres y apellidos o designación comercial, domicilio y profesión de los organizadores, acompañada de los siguientes documentos:

- a) El proyecto de la escritura social y sus estatutos.
- b) Un estudio de factibilidad del Banco que se proponen constituir, donde se incluya, entre otros aspectos, consideraciones sobre el mercado, las características de la institución, la actividad proyectada y las condiciones en que ella se desenvolverá de acuerdo a diversos escenarios de contingencia; conforme a lo indicado por el Consejo Directivo de la Superintendencia mediante normas de aplicación general.
- c) El nombre y credenciales de las personas que actuarán como miembros de la Junta Directiva e integrarán el equipo principal de su gerencia.
- d) Las relaciones de vinculación significativas y la determinación de sus unidades de interés, en los términos del artículo 55 de la Ley 561³⁵, de las personas que serán accionistas de la institución, miembros

³⁴ Artículo 3 de la Ley 314 Cabe destacar que la parte in fine de dicha norma establecía que “El Superintendente de Bancos velará por el cumplimiento de lo preceptuado en el presente artículo, pudiendo aplicar las multas establecidas en el artículo 150 de la presente Ley, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo VII del Título II de esta misma Ley”. Esto último se refiere a las Medidas Preventivas, a los Planes de Normalización y a la posibilidad de Intervención y Liquidación Forzosa

³⁵ Art 55 LGBOIF: “Las operaciones activas realizadas por las instituciones financieras con sus partes relacionadas, estarán sujetas a las limitaciones y previsiones establecidas en el presente artículo A este efecto se establecen las siguientes definiciones y limitaciones
2 Vinculaciones Significativas Existen vinculaciones significativas en cualesquiera de los siguientes casos: a Cuando una persona natural, directa o indirectamente, participa como accionista en otra persona jurídica en un porcentaje equivalente o superior al 33% de su capital pagado o ejerce control por cualquier medio, directo o indirecto, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje b Cuando una persona jurídica, directa o indirectamente, participa en otra persona jurídica o ésta participa en aquella, como accionista, en un porcentaje equivalente o superior al 33% de su capital pagado o ejerce control por cualquier medio, directo o indirecto, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje c Cuando dos o más personas jurídicas tienen, directa o indirectamente, accionistas comunes en un porcentaje equivalente o superior al 33% de sus capitales pagados o cuando unas mismas personas naturales o jurídicas ejercen control, por cualquier medio, directo o indirecto, en aquellas personas jurídicas, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje d Cuando por cualquier medio, directo o indirecto, una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante sobre la Junta de Accionistas o Junta Directiva; la administración o gerencia; en la determinación de políticas, o en la gestión, coordinación, imagen, contratación o realización de negocios, de otra persona jurídica, por decisión del Superintendente e Cuando, por aplicación de las normas generales dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos, el Superintendente pueda presumir, que una persona natural o jurídica o varias de ellas mantienen, directa o indirectamente, vinculaciones significativas entre sí o con otra persona jurídica, en virtud de la presencia de indicios de afinidad de intereses

de su junta directiva y demás personas que integraran el equipo principal de su gerencia. Cabe destacar que el Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de carácter general en las que se regule lo indicado por este numeral.

- e) Minuta que denote depósito en la cuenta corriente de la Superintendencia de Bancos, por valor del 1% del monto del capital mínimo, para la tramitación de la solicitud³⁶. Una vez que hayan

A este respecto, se consideran indicios de vinculación significativa por afinidad de intereses, entre otros: la presencia común, de miembros de Juntas Directivas; la realización de negocios en una misma sede; el otorgamiento de créditos por montos excesivos en relación con el capital, de favor o sin garantías; el ofrecimiento de servicios bajo una misma imagen corporativa; la posibilidad de ejercer derecho de veto sobre negocios; la asunción frecuente de riesgos compartidos; la existencia de políticas comunes o de órganos de gestión o coordinación similares, y los demás que se incluyan en las referidas normas

Estas presunciones admiten prueba en contrario

4 Limitaciones a las operaciones activas con Partes Relacionadas El monto de las operaciones activas realizadas por un banco con todas sus partes relacionadas, tanto individualmente consideradas, como en conjunto con aquellas personas naturales o jurídicas que integren con ella una misma unidad de interés por la existencia, directa o indirecta, de vinculaciones significativas o asunción frecuente de riesgos compartidos, no podrá exceder de un 30% de la base de calculo del capital

A los efectos de esta Ley, se entenderá por unidad de interés lo indicado por el artículo siguiente. Entre las operaciones activas que están sujetas al límite anterior se encuentran las siguientes: a) Los créditos otorgados por el banco incluyendo, operaciones contingentes; b) Las operaciones de compra de cartera de créditos y obligaciones emitidas por partes relacionadas que no cumplan con las normas dictadas por la Superintendencia de Bancos. El Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de carácter general para regular las condiciones que deben cumplir este tipo de operaciones; c) Depósitos e inversiones de cualquier naturaleza que mantenga la institución, incluyendo operaciones de reporto, que no cumplan con las normas dictadas por la Superintendencia de Bancos. El Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de carácter general para regular las condiciones que deben cumplir este tipo de operaciones”

Art 56 LGBOIF: “Los bancos no podrán otorgar créditos incluyendo operaciones contingentes, directa o indirectamente, a una misma persona natural o jurídica, individualmente considerada o en conjunto con aquellas personas naturales o jurídicas que integren con ella una misma unidad de interés por la existencia de vinculaciones significativas o asunción frecuente de riesgos compartidos, por un monto que exceda en conjunto del 30% de la base de calculo. Dentro del porcentaje antes señalado se incluirán las inversiones en obligaciones emitidas por las mismas personas antes mencionadas

A los efectos de este artículo se consideran formando parte de una misma unidad de interés, las siguientes personas naturales y jurídicas. 1 Si el solicitante de crédito es una persona natural, formaran con ésta una misma unidad de interés, su cónyuge y sus familiares dentro del segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como las personas jurídicas que directamente o indirectamente mantengan vinculaciones significativas con el solicitante, su cónyuge y sus indicados familiares. 2 Si el solicitante de crédito es una persona jurídica, formarán con esta una misma unidad de interés, las personas naturales o jurídicas que directamente o indirectamente mantengan vinculaciones significativas con dicho solicitante. Para determinar las vinculaciones significativas señaladas en los numerales precedentes, se atenderá a las definiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo precedente, en todo cuanto sea aplicable”

³⁶ Cabe destacar que hasta hace muy poco, según el artículo 17 de la LGBOIF, el capital social de un banco nacional o la sucursal de un banco extranjero no podía ser menor de doscientos millones de Córdoba (C\$ 200, 000,000 00). No obstante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CD-SIBOIF-517-1-ENE16-2008, el nuevo capital social de un banco nacional (o de una sucursal de un banco extranjero) doscientos treinta y tres millones de córdobas (C\$233,000,000 00)

iniciado sus operaciones, le será devuelto dicho depósito a los promotores. En caso de que sea denegada la solicitud, el 10% del monto del depósito ingresará a favor del Fisco de la República; el saldo le será devuelto a los interesados. En caso de desistimiento, el cincuenta por ciento (50%) del depósito ingresará a favor del fisco.

- f) Adicionalmente, cada uno de los accionistas que participen en un porcentaje igual o mayor al 5% del capital deberán cumplir con los “requisitos de solvencia” (contar con un patrimonio neto consolidado equivalente a la inversión proyectada y, cuando se reduzca a una cifra inferior, informar a la mayor brevedad posible de este hecho al Superintendente) e integridad (que no existan conductas dolosas o negligencias graves o reiteradas que puedan poner en riesgo la estabilidad de la institución que se propone establecer o la seguridad de sus depositantes).
- g) Los demás requisitos exigidos en otras leyes y los que establezca de manera general el Consejo Directivo de la Superintendencia, entre ellos, los destinados a asegurar, por una parte, la proveniencia lícita del patrimonio invertido o por invertirse en la institución y, además, la verificación de que quienes vayan a integrar su junta directiva no estén incurso en los impedimentos establecidos en el artículo 29 de la Ley 561³⁷. En caso que la institución sea aprobada, la información a la que hacen referencia los numerales 3, 4 y 7 deberá ser actualizada

³⁷ Art 29 LGBOIF: “No podrán ser miembros de la Junta Directiva de un banco: 1 Las personas que directa o indirectamente, sean deudores morosos por más de noventa (90) días o por un número de tres veces durante un período de doce meses, de cualquier banco o institución sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos o que hubiesen sido declarados judicialmente en estado de insolvencia, concurso o quiebra El Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de aplicación general para regular lo indicado en este numeral; 2 Los que con cualquier otro miembro de la Directiva del banco fueren cónyuges, o compañero o compañera en unión de hecho estable, o tuviesen relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad No se incurrirá en esta causal cuando la relación exista entre un director propietario y su respectivo suplente; 3 Los directores, gerentes, funcionarios, mandatarios o empleados de cualquier otra institución financiera supervisada que pertenezcan a otro grupo financiero; 4. Los Gerentes, funcionarios ejecutivos y empleados del mismo Banco, con excepción del Ejecutivo principal; 5 Los que directa o indirectamente sean titulares, socios o accionistas que ejerzan control accionario o administrativo sobre sociedades que tengan créditos vencidos, por más de noventa (90) días o por un numero de tres veces durante un período de doce meses, o que esté n en cobranza judicial en la misma empresa o en otra del Sistema Financiero; 6 Las personas que hayan sido sancionadas en los quince (15) años anteriores por causar perjuicio patrimonial a un banco, o a la fe pública alterando su estado financiero, 7 Los que hayan participado como directores, gerentes, subgerentes o funcionarios de rango equivalente de un banco que haya sido sometido a procesos de intervención y de declaracion de estado de liquidación forzosa, a los que por resolución judicial, o administrativa del Superintendente, se la haya establecido o se le establezca responsabilidades, presunciones o indicios que los vincule a las situaciones antes mencionadas Lo anterior admitirá prueba en contrario 8 Los que hayan sido condenados por delitos de naturaleza dolosa que merezcan penas más que correccionales”

o ampliada en los plazos, formas y condiciones que establezca el Superintendente³⁸.

Presentada la solicitud y documentos, el Superintendente de Bancos podrá solicitar al Banco Central de Nicaragua, un dictamen no vinculante, el cual deberá ser emitido en un término no mayor de sesenta días. Una vez concluido el estudio de la solicitud de parte del Superintendente y emitido el dictamen del Banco Central, en su caso, el Superintendente, someterá la solicitud a consideración del Consejo Directivo, quien otorgará o denegará la autorización para constituirse como Banco, todo dentro de un plazo que no exceda de 120 días a partir de la presentación de la solicitud (art. 5 de la LGBOIF).

En caso de resolución positiva, el notario autorizante deberá mencionar la edición de «La Gaceta» en que hubiese sido publicada la resolución de autorización para constituirse como Banco, emitida por la Superintendencia e insertar íntegramente en la escritura la certificación

³⁸ Art 4 de la Ley 561 Cabe señalar que, el mismo artículo señala que el Superintendente determinará que existen las conductas dolosas o negligentes anteriormente señaladas, cuando concurra cualquiera de las circunstancias siguientes: “a Que se encuentre en estado de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores, o situación financiera equivalente; b Los que hayan sido condenados a penas más que correccionales; c Que se le haya comprobado judicialmente participación en actividades relacionadas con el narcotráfico y delitos conexos, con el lavado de dinero y de otros activos o financiamiento al terrorismo; d Que sea o haya sido deudor del sistema financiero a los que se les haya demandado judicialmente el pago de un crédito, o a los que se les haya saneado saldos morosos de montos sustanciales a juicio del Superintendente, en los últimos 5 años; e Que en los últimos 10 años haya sido director, gerente, o funcionario de una institución del sistema financiero, quien por determinación del Superintendente, o de sus propias autoridades corporativas, se le haya establecido responsabilidad para que dicha institución haya incurrido en deficiencias del 20% o más del capital mínimo requerido por la Ley, o que dicha institución haya recibido aportes del Fondo de Garantía de Depósitos conforme lo establecido en su Ley f Que haya sido condenado administrativamente o judicialmente por su participación en infracción grave a las leyes y normas de carácter financiero; g Que no pueda demostrar el origen legítimo de los fondos para adquirir las acciones h Otras circunstancias que puedan poner en riesgo la estabilidad de la institución que se propone establecer o la seguridad de sus depositantes conforme lo determine el Consejo Directivo de la Superintendencia mediante norma general

En el caso de aquellos socios o accionistas que fueren personas jurídicas que pretendan una participación del 5% o más en el capital de la institución, deberán informar sobre sus socios o accionistas personas naturales o jurídicas con una participación igual o superior al 5% en el capital social de esta segunda compañía En caso de que existan socios o accionistas personas jurídicas con una participación igual o superior al 5%, deberá informarse sobre sus socios o accionistas personas naturales o jurídicas con una participación igual o superior al 5% en el capital social de esta tercera compañía, y así sucesivamente, hasta acceder, hasta donde sea materialmente posible, al nivel final de socios o accionistas personas naturales con participación igual o superior al 5% en el capital social de la empresa de que se trate El Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de aplicación general en las que se indique la información y los documentos que deberán ser presentados para acreditar el cumplimiento de lo señalado por este numeral”

de dicha resolución. Será nula la inscripción en el Registro Público Mercantil, si no se cumpliera con éste requisito³⁹.

Como puede observarse, hasta aquí sólo hemos expuesto el trámite para la válida creación de una sociedad que ha de “constituirse como Banco”, situación que hay que distinguir, de la autorización para que el banco, efectivamente, comience sus operaciones, es decir, emprenda materialmente las actividades para las cuales fue constituido.

Para iniciar sus actividades los Bancos deberán tener:

- a) Su capital social mínimo totalmente pagado en dinero efectivo. Cabe destacar que hasta hace muy poco, según el artículo 17 de la LGBOIF, el capital social de un banco nacional o la sucursal de un banco extranjero no podía ser menor de doscientos millones de Córdobas (C\$ 200, 000,000.00). No obstante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CD-SIBOIF-517-1-ENE16-2008, el nuevo capital social de un banco nacional (o de una sucursal de un banco extranjero) doscientos treinta y tres millones de córdobas (C\$233,000,000.00).
- b) El ochenta por ciento (80%) de éste en depósito a la vista en el Banco Central.
- c) Testimonio de la escritura social y sus estatutos con las correspondientes razones de inscripción en el Registro Público.
- d) Balance general de apertura.
- e) Certificación de los nombramientos de los Directores para el primer período, del Gerente o principal ejecutivo del Banco y del Auditor Interno.
- f) Verificación por parte del Superintendente de que el banco cuenta, entre otras, con las instalaciones físicas y plataforma tecnológica adecuadas, así como los contratos, seguros, manuales y reglamentos necesarios. Todo lo anterior, conforme las normas que a este efecto dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia⁴⁰.

El mismo artículo 7, en su parte final, establece que si la solicitud de autorización de funcionamiento, con evidencia de cumplimiento de los requerimientos mencionados, no fuere presentada dentro de ciento ochenta días a partir de la notificación de la resolución que autoriza su constitución, ésta quedará sin efecto, y el monto del depósito, por valor del 1% del monto del capital mínimo, para la tramitación de la solicitud, ingresará a favor del Fisco.

³⁹ Artículo 6 de la Ley 561

⁴⁰ Artículo 7 de la Ley 561

El Superintendente de Bancos comprobará si los solicitantes han llenado todos los requisitos exigidos por la Ley para el funcionamiento de un Banco, y si los encontrare cumplidos, otorgará la autorización de funcionamiento dentro de un plazo máximo de 15 días a contar de la fecha de presentación de la solicitud para iniciar actividades; en caso contrario comunicará a los peticionarios las faltas que notare para que llenen los requisitos omitidos y, una vez reparada la falta, otorgará la autorización pedida dentro de un término de 5 días a contar de la fecha de subsanación. La autorización deberá publicarse en «La Gaceta», Diario Oficial, por cuenta del Banco autorizado y deberá inscribirse en el Registro Público Mercantil correspondiente, en el Libro Segundo, de Sociedades, de dicho Registro también por su cuenta⁴¹.

Por último, merece la pena destacar que los requisitos y el procedimiento que acabamos de detallar han venido a ser cumplimentados por la Resolución CD-SIBOIF-473-1-ABR11-2007 (Norma sobre los requisitos para la constitución de Bancos, Sociedades Financieras, Sucursales de Bancos Extranjeros y Oficinas de Representación). Resolución que a su vez fue reformada por la Resolución CD-SIBOIF-530-1-ABR16-2008 (“Reforma a la norma sobre los requisitos para la Constitución de bancos, sociedades financieras, sucursales de bancos extranjeros y oficinas de representación”).

3.2.3 De la disolución anticipada y de algunas modificaciones de los bancos

En los supuestos de disolución voluntaria anticipada de un banco se requerirá la autorización previa del Superintendente, y la liquidación del caso se efectuará de conformidad con lo que para ese efecto se dispone en la LGBOIF para la liquidación forzosa, en todo lo que sea aplicable. Así, el nombramiento del liquidador lo efectuará el Superintendente, para lo cual la Junta General de Accionistas del banco podrá proponer candidatos⁴².

La Ley 561, en su artículo 16, prevé que las instituciones financieras autorizadas, así como las personas interesadas en adquirir acciones de

⁴¹ Artículo 8 de la Ley 561

⁴² Artículo 15 de la Ley 561

éstas, según el caso, requerirán la aprobación del Superintendente de Bancos para, en primer lugar, proceder a la fusión con otra institución financiera. La fusión, además de cumplir con las disposiciones que sobre esta materia establece el Código de Comercio⁴³, se llevará a cabo conforme las bases mínimas indicadas a continuación, adjuntándose a la solicitud respectiva lo siguiente:

- a) Los proyectos de los acuerdos de asambleas de accionistas de las sociedades que se fusionan; así como de las modificaciones realizadas al pacto social y estatutos;
- b) El proyecto de estados financieros ya fusionados, de las instituciones financieras de que se trate, y de los demás integrantes del o de los grupos respectivos;
- c) El estudio de viabilidad del proyecto de fusión;
- d) Otros requisitos que por norma general establezca el Consejo Directivo de la Superintendencia.

El Superintendente deberá pronunciarse sobre la solicitud de autorización dentro de los 60 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud y de toda la información a la que hemos hecho alusión.

También se requerirá la aprobación del Superintendente de Bancos para la reducción del capital social del banco y, en general, para realizar cualquier reforma de la escritura de constitución social o estatutos. Se exceptúa la reforma que consista en el aumento del capital social, la cual, únicamente, deberá ser informada al Superintendente. Si el aumento del capital social se debe al ingreso de nuevos accionistas que adquieran el 5%

⁴³ Sección VI De la fusión y prórroga de las Sociedades Anónimas

Art 263 Cc : “A la fusión de dos o más sociedades deberá preceder el acuerdo por parte de cada una de ellas Este acuerdo se publicará debidamente”

Art 264 Cc “La fusión sólo tendrá efecto transcurridos que sean los tres meses desde la publicación del respectivo acuerdo; a no ser que conste de modo auténtico que se hayan satisfechas todas las deudas de cada una de las sociedades que tratan de fusionarse, o que se ha puesto a la orden del Juzgado de Comercio respectivo, el importe de dichas deudas depositado en la cajas de la compañía, o que se ha obtenido el consentimiento de los acreedores”

Art 265 Cc “Durante el plazo fijado en el artículo anterior, puede oponerse a la fusión, cualquier acreedor de las sociedades que hayan de entrar en la fusión Esta oposición suspenderá la realización de la fusión hasta que se resuelva judicialmente”

Art 266 Cc “Transcurrido el término fijado en el artículo 264, o cumplidas las otras prescripciones del mismo, se tendrá por efectuada definitivamente la fusión, y la sociedad que se constituya asumirá todos los derechos y obligaciones de todas las sociedades extinguidas”

Art 267 Cc “Las compañías cuyos Estatutos deban someterse a la aprobación del Poder Ejecutivo, necesitan de la misma aprobación para fusionarse”

o más del capital, o en el caso de los accionistas actuales que adquieran acciones que sumadas a las que ya posean representen una cantidad igual o mayor al referido porcentaje, se deberá atender lo establecido en el numeral 4 del mismo artículo 16 (al cual nos referiremos acto seguido).

Cabe destacar, como una especialidad digna de comentario, que las reformas al pacto social no requerirán de autorización judicial, de modo que bastará con la certificación de la resolución de la junta general de accionistas protocolizada ante notario, la cual se inscribirá en el registro público correspondiente.

Por último, al tenor de lo prescrito por el susodicho numeral 4 del artículo 16, también será necesaria la autorización del Superintendente para adquirir, directamente o a través de terceros, acciones de un banco, que, por sí solas o sumadas a las que ya posea, representen una cantidad igual o mayor al 5% del capital de éste; de modo que, quedarán en suspenso los derechos sociales del nuevo accionista, mientras no obtenga la autorización del Superintendente. Vale la pena tener en cuenta que, respecto de las adquisiciones de porcentajes menores al indicado, sólo pesa un deber de notificación al Superintendente en un plazo no mayor de 30 días contados a partir de la fecha en que ocurrió la transmisión. Por su parte, el Superintendente sólo podrá denegar la autorización por resolución fundada, si el peticionario no cumple con los requisitos de información asociados a las relaciones de vinculación significativas y la determinación de sus unidades de interés, y los requisitos de solvencia e integridad.

En todo caso, el Superintendente deberá pronunciarse en un plazo de 30 días hábiles contados desde la fecha en que se le haya suministrado la información completa antes aludida. Si no hubiere respuesta dentro del plazo antes señalado se entenderá por autorizada la transacción.

3.2.4 Sucursales de bancos extranjeros y oficinas de representación de bancos y financieras extranjeras

De manera general, la doctrina considera que “las sucursales son sedes de explotación que constituyen una parte de la entidad de crédito desprovista de personalidad jurídica que efectúa directamente, de modo total o parcial, las operaciones inherentes al comercio de banca”.

Así, “cada sucursal es una universitas comprensiva de un conjunto de relaciones activas y pasivas dotadas de cierta autonomía”⁴⁴.

Por lo que hace a nuestro sistema jurídico, los Bancos constituidos legalmente en el extranjero podrán operar en el país mediante el establecimiento de una sucursal, sin perjuicio de su participación como accionistas en Bancos constituidos o que se constituyan en Nicaragua. Para el establecimiento en el país de una sucursal de Banco extranjero, éste deberá sujetarse a lo que establece la Ley 561 y, en forma supletoria, al Derecho Común.

Así, deberá presentar una solicitud ante la Superintendencia por medio de un representante acreditado por instrumento público, acompañándola de los siguientes documentos:

- a) Certificación de la escritura de constitución social o acta constitutiva y estatutos del Banco solicitante y de la autorización legal que ampare su constitución y funcionamiento en el país de origen, así como la constancia de vigencia de todo ello.
- b) Comprobación de que el Banco solicitante está autorizado legalmente para establecer sucursales en Nicaragua, de acuerdo con sus estatutos y las leyes de su país de origen, acompañada de certificación emitida por la autoridad supervisora de ese país donde conste su conformidad con la solicitud.
- c) Balances generales, estados de ganancias y pérdidas e informes anuales del Banco solicitante, correspondientes a los últimos cinco años.
- d) Los demás que con carácter general requiera el Consejo Directivo de la Superintendencia, las que en ningún caso podrán ser diferentes a las exigidas a los bancos nacionales, en lo que le fuere aplicable. Todos los documentos acompañados a la solicitud deberán presentarse debidamente autenticados⁴⁵.

Al tenor del artículo 10, la solicitud será tramitada de forma similar a la de un Banco Nacional, en todo cuanto sea aplicable, a juicio del Superintendente de Bancos.

Emitida la resolución de autorización de la sucursal por el Consejo Directivo de la Superintendencia, se inscribirá en el Registro Público Mercantil la constitución social y estatutos del Banco extranjero, junto con la certificación de la Resolución⁴⁶.

⁴⁴ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 279

⁴⁵ Artículo 9 de la Ley 561

⁴⁶ Artículo 11 de la Ley 561

Para iniciar sus actividades, la sucursal de un Banco extranjero cuyo establecimiento hubiese sido aprobado, deberá llenar los mismos requisitos para iniciar actividades que un Banco nacional, en todo lo que fuere aplicable, debiendo agregar a la solicitud los atestados de identificación, buena conducta y capacidad técnica de los administradores nombrados para la sucursal y testimonio de sus facultades y poderes, debidamente autenticados (art. 12 LGBOIF).

Es esencial destacar que los Bancos constituidos en el extranjero que obtengan autorización de funcionamiento, se consideran domiciliados en Nicaragua para cualquier efecto legal, en la localidad que corresponda conforme a las reglas generales, y quedarán sujetos a las leyes de la República, sin que puedan hacer uso de la vía diplomática en ningún caso relacionado con sus operaciones en el país⁴⁷.

Los Bancos y Financieras extranjeras podrán, además, establecer oficinas de representación en Nicaragua, previa autorización ante la Superintendencia de Bancos.

La Ley 561 define como oficinas de representación a aquellas que a nombre de instituciones financieras extranjeras colocan fondos en el país, en forma de créditos e inversiones y actúan como centros de información a sus clientes. Dichas oficinas no podrán captar recursos del público en el país. La contravención de esta prohibición dará lugar a la revocatoria inmediata de la autorización, mediante resolución emitida por el Superintendente (artículo 14 LGBOIF).

(En otras palabras, las oficinas de representación) son una especie de “ventanilla” que un banco extranjero establece en nuestro país, bien como primer paso para fundar, de forma posterior, una sucursal; bien con la simple intención de incrementar sus operaciones a través de la captación de nuevos clientes a los que, en principio, no podrían acceder.

La parte final de la norma que venimos tratando prevé que el Consejo Directivo de la Superintendencia está facultado para dictar disposiciones de aplicación general en las que se establezcan los requisitos que deberán cumplir los interesados en establecer una oficina de representación. De hecho, durante la vigencia de la Ley 314, un precepto de similar tenor se vio desarrollado con sendas disposiciones en la materia, en

⁴⁷ Artículo 13 de la Ley 561

primer lugar, la “Norma para el Registro de oficinas de representación de Bancos extranjeros” (CD-SIB-153-1-MAR22-2001) y la “Norma sobre información mínima requerida a las oficinas de representación de Bancos Extranjeros” (CD-SIBOIF-318-1-OCTU6-2004).

Con todo, con la entrada en vigencia de la Ley 561 se dictó la Resolución CD-SIBOIF-473-1-ABR11-2007 (Norma sobre los requisitos para la constitución de Bancos, Sociedades Financieras, Sucursales de Bancos Extranjeros y Oficinas de Representación), resolución que a su vez fue reformada por la Resolución CD-SIBOIF-530-1-ABR16-2008 (“Reforma a la norma sobre los requisitos para la Constitución de bancos, sociedades financieras, sucursales de bancos extranjeros y oficinas de representación”). Asimismo, hay que tomar en cuenta en esta materia la Resolución N° CD-SIBOIF-448-1-OCT24-2006 (Norma sobre información mínima requerida a las Oficinas de representación de bancos y financieras Extranjeras).

En fin, el Superintendente podrá requerir información sobre las operaciones desarrolladas por estas instituciones, las que estarán obligadas a proporcionarla sin aducir ningún tipo de reservas.

3.3 Sociedades financieras, sociedades de inversión y otras

3.3.1 Noción

Las Sociedades Financieras, al tenor de nuestro derecho positivo vigente, son aquellas que captan recursos del público o de cualquier otra fuente, para inversiones en préstamos o participaciones⁴⁸. En cambio, se entiende por Sociedades de Inversión “las que se dediquen a captar en forma masiva y pública, primordialmente, recursos de capital para su inversión en valores de renta variable, o fija, e inversiones líquidas u otras de naturaleza semejante”⁴⁹.

Además, nuestro ordenamiento prevé que podrán constituirse Sociedades Anónimas para poder vender las acciones o valores que emitan, utilizando formas públicas de venta. Entiéndase por formas públicas de venta, el uso de medios de publicidad, anuncios en sitios

⁴⁸ Artículo 1, Ley especial sobre sociedades financieras, de inversión y otras (Decreto No 15-L, de 9 de abril de 1970 Publicado en La Gaceta Diario Oficial No 77, de 10 de abril de 1970) Reformada por la Ley 1698, de 13 de mayo de 1970 (La Gaceta Diario Oficial N° 138, de 22 de junio de 1970)

⁴⁹ Artículo 10 del Decreto 15-L

públicos, remisiones por correo o exposición o distribución pública de folletos de propaganda impresos, mimeografiados o reproducidos por otros medios y en general cualquier sistema de publicidad (art. 18 del Decreto 15-L).

3.3.2. Constitución, registro y operaciones

Fuera de las especialidades derivadas de su particular régimen jurídico, todos estos tipos de entidades deberán constituirse, registrarse y funcionar de forma análoga a un Banco, estando, por ende, sometidas a la supervisión y control de la SIBOIF.

Dentro de las especialidades más destacables se encuentran, de una parte, los requisitos de Capital Social mínimo, que para el caso concreto se ha fijado en cuarenta y tres millones de córdobas (C\$ 43,000,000.00)⁵⁰ y, de otra, algunos particulares deberes a los que quedan sometidas dichas entidades, en virtud de las facultades delegadas a la SIBOIF y al Banco Central⁵¹.

Por su parte, las Sociedades Financieras estarán facultadas para realizar las siguientes operaciones: a) Captar recursos del público por medio de títulos a plazos no inferiores de 90 días. Estos títulos deberán ser suscritos por representante autorizado de la sociedad y contener la fecha de la escritura de constitución, su número, notario autorizante, inscripción registral y la fecha de autorización para operar, otorgada por el órgano competente⁵²; lo mismo que la cantidad de dinero debida, intereses,

⁵⁰ Monto actualizado por la Resolución CD-SIBOIF-517-2-ENE16-2008

⁵¹ Artículo 6 del Decreto 15-L: “Corresponde al Banco Central de Nicaragua, en relación con estas Empresas, en forma general o particular a) Fijar las tasas de Interés, descuentos y comisiones que dichas empresas podrán cobrar o reconocer sobre las distintas clases de operaciones activas y pasivas b) Fijar y modificar los encajes respectivos a sus recursos captados del público, en forma similar a los encajes bancarios c) Establecer topes de cartera o límites de crecimiento par las operaciones activas y participaciones de las empresas Los topes y límites se podrán estructurar por finalidad económica y plazo d) Establecer la relación que debe existir entre los pasivos con el público y el capital y reservas de la empresa, fijando los plazos que deben tener tales pasivos e) Establecer, respecto a las obligaciones contingentes de la empresa, iguales límites que respecto a las operaciones directas señaladas en el inciso anterior, pudiendo regular estas obligaciones contingentes según su finalidad económica f) Regular la obtención de recursos externos g) Regular las condiciones y formas de contratación en la captación de recursos del público”

Artículo 7 del Decreto 15-L “Corresponde a la Comisión de Superintendencia, en relación con estas empresas, previo dictamen del Superintendente a) Regular los límites de crédito e inversión individual, tanto desde el punto de vista de la Sociedad Financiera, como de aquéllas en que ésta invierta en préstamos o participaciones b) Establecer las mismas regulaciones del inciso a) en materia de obligaciones contingentes c) Establecer las reservas de capital que en general o por Institución sean requeridas”

⁵² Cabe destacar que la dicción original del precepto habla de la “autorización para operar del Ministerio de Economía”, requisito que hoy en día no parece procedente

plazos, comisiones y todos los demás datos del contrato. Los títulos así emitidos se considerarán documentos públicos, para todos los efectos legales; b) Obtener recursos provenientes del extranjero; c) Otorgar préstamos directos o descuentos para su inversión en el país; d) Tener acciones o participaciones en empresas domiciliadas y que inviertan sus fondos en Nicaragua, siempre que su responsabilidad esté limitada al aporte (de conformidad a lo señalado en el artículo 5, de la misma norma, para poder realizar este tipo de operaciones la mayoría del capital de la Sociedad Financiera debe ser de origen nicaragüense); e) Promover la organización de empresas; f) Operar en la compraventa de valores; g) Colocar obligaciones emitidas por terceros, garantizando el pago de su principal o intereses; h) Emitir avales y garantías; i) Efectuar operaciones de fideicomiso, cuando las autorice la Ley; j) Prestar servicio de caja y tesorería. k) Realizar otras actividades de intermediación financiera, o de gestión y servicio relacionadas con la actividad principal, siempre que les competa legalmente, se les autorizare por el decreto respectivo, o por autoridad competente en el curso de su gestión⁵³.

Por lo que respecta a las Sociedades de Inversión, la norma que las regula establece la prohibición de realizar los siguientes tipos de operaciones: a) Emitir Obligaciones; b) Recibir depósitos de dinero; c) Dar en garantía sus activos u otorgar garantías de cualquier especie; d) Participar en empresas en que su responsabilidad tenga un límite mayor de su aporte; e) Realizar cualquier actividad que no esté contemplada en su escritura social y en el decreto que la autorice a funcionar o efectuarlas en cantidades, forma y condiciones, que no fueren las aprobadas⁵⁴.

En mi opinión las Sociedades de Inversión, fuera de las operaciones expresamente prohibidas, podrá realizar todas aquéllas que la Ley faculta a realizar a las Sociedades Financieras, claro está, guardando en cada caso que las operaciones sirvan a la realización del objeto social para el que fueron constituidas.

Es importante hacer notar que la Superintendencia de Bancos, a través de la CD-SIBOIF-505-1-OCTU24-2007, ha dictado la “Norma para la transformación de una Sociedad Financiera en Banco”, la cual, además de contener los requisitos y procedimientos para proceder a dicha transformación, pone en evidencia la vigencia, al menos formal, de este tipo de instituciones en el tráfico jurídico bancario actual.

⁵³ Artículo 3 del Decreto 15-L

⁵⁴ Artículo 14 del Decreto 15-L

3.4 Entidades de leasing o arrendamiento financiero

3.4.1. Precisión preliminar

Al comentar, líneas arriba, respecto al encuadramiento como “Empresas Financieras de Régimen Especial”, que hace el artículo 147 LGBOIF, de las entidades de Leasing o Arrendamiento Financiero, sostuvimos que pese a que quedaban algunas dudas respecto de si dichas entidades necesariamente debían estar vinculadas a un Grupo Financiero, nosotros nos inclinamos más bien por admitir que, perfectamente, se pueden constituir sociedades de Leasing como entidades “autónomas”, en tanto en cuanto el artículo 151 de la Ley 561 parece admitir tal opción.

En razón de esa idea es que nos ocupamos, aunque sea de forma breve, en las siguientes líneas, del régimen jurídico de tales instituciones financieras no bancarias.

3.4.2. Noción

Las entidades de Leasing o arrendamiento financiero han sido concebidas como aquellas que de manera sistemática y masiva ejecuten operaciones de Arrendamiento Financiero y consecuentemente estarán sujetas a la autorización, supervisión, vigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financiera⁵⁵.

La normativa de la materia define al Arrendamiento Financiero o Leasing, como aquel negocio por medio del cual se entrega, a título de arrendamiento, bienes adquiridos para el efecto, por el arrendador a solicitud de arrendatario, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá el primero, durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final de arrendamiento una opción de compra, con base a un valor previamente convenido.

3.4.3. Constitución, registro y operaciones

Las entidades de Arrendamiento financiero deberán constituirse como sociedades anónimas especiales y, por ende, deberán “satisfacer los requisitos establecidos para las Sociedades Financieras en relación con

⁵⁵ Artículo 1 de la Normativa para la constitución y supervisión de las entidades de Leasing o Arrendamiento Financiero

el número de accionistas y demás condiciones”⁵⁶, por tal razón basta con revisar lo que hemos señalado en el apartado anterior respecto a este último tipo de Sociedades.

Una de las especialidades exigidas por la normativa especial de la materia es la que tiene que ver con el requisito de Capital Mínimo, siendo exigible a este tipo de Sociedades la suma de cuatro millones quinientos mil córdobas (C\$ 4,500,000.00)⁵⁷.

Por lo que hace a las operaciones que pueden realizar este tipo de entidades, sobra decir que tanto las operaciones activas como las pasivas gravitan en torno a la idea de procurar la realización del tipo de operaciones que, precisamente, constituyen la razón de ser de dichas Sociedades: el arrendamiento financiero o leasing⁵⁸. Sólo resta comentar que, si bien es cierto este tipo de entidades financieras no podrán captar recursos del público en forma de depósitos, con lo cual, en alguna medida,

⁵⁶ Artículo 3 de la Normativa para la constitución y supervisión de las entidades de Leasing o Arrendamiento Financiero

⁵⁷ Artículo 2 de la Normativa para la constitución y supervisión de las entidades de Leasing o Arrendamiento Financiero

⁵⁸ Artículo 4 de la Normativa para la constitución y supervisión de las entidades de Leasing o Arrendamiento Financiero: “Las Sociedades de Arrendamiento Financiero estarán autorizadas para realizar las siguientes operaciones:

a) Operaciones Activas:

- 1) Celebrar contratos de Arrendamiento Financiero a nivel nacional;
- 2) Participar en operaciones de Arrendamiento o Leasing Internacional tanto de Importaciones como de Exportaciones;
- 4) Efectuar la revisión de documentos referentes a la celebración de contratos de Leasing y atender gestiones de cobro de la cartera proveniente de estos contratos;
- 5) Participar en operaciones de leasing sindicado con compañías de Leasing nacionales o extranjeras;
- 6) Recibir de Sociedades de Leasing Extranjeras bienes en Leasing para ser entregados en sub-leasing a personas domiciliadas o residentes en Nicaragua;
- 7) Adquirir nuevos activos para darlos en Arrendamiento previamente convenido con el arrendatario;
- 8) Invertir sus recursos líquidos en instituciones financieras o en valores aceptables para la inversión del Capital y Reservas de Compañías de Seguros;
- 9) Efectuar otras operaciones necesarias para la consecución de sus fines, requiriendo la autorización de la Superintendencia cuando se trate de operaciones no indicadas expresamente en la Resolución respectiva

b) Operaciones Pasivas (Recursos)

Además de los recursos provenientes de su Capital y Reservas de Capital, las Sociedades de Arrendamiento Financiero podrán obtener recursos mediante las siguientes operaciones pasivas:

- 1) Negociación de Líneas de Crédito y Préstamos específicos con bancos y Otras Instituciones de Crédito Nacionales y Extranjeras;
- 2) Negociación de Líneas de Crédito en Agencias de Crédito al Exportador;
- 3) Crédito directo del Suplidor de los bienes;
- 4) Oferta Pública de Valores de Acuerdo con los procedimientos establecidos por las Leyes, Reglamentos y Normativas aplicables para esta clase de operaciones”

se distancian de los Bancos, empero, también habrá que recordar que la normativa de la materia les permite realizar algunos tipos de “operaciones pasivas” que la misma norma denomina “Recursos”, de tal forma que, en el fondo subyace, la idea de la intermediación financiera.

Asimismo, aparte de las específicas normas que dicte la SIBOIF para las operaciones que realicen las Sociedades de Leasing, les serán aplicables las disposiciones establecidas para las Sociedades Financieras relativas a límites individuales por operación, clasificación de cartera, relación de endeudamiento, adecuación de capital y otras que atendiendo a la naturaleza de estas sociedades les sean aplicables⁵⁹.

4. Los grupos financieros

4.1. Noción

La Ley General de Bancos, en la primera parte de su artículo 135, concibe a los Grupos Financieros como la agrupación de dos o más personas jurídicas que realizan actividades de naturaleza financiera, de las cuales una de ellas deberá ser banco o institución financiera no bancaria que capte “depósitos del público”, y entre las cuales existe control común por relaciones de propiedad, administración, uso de imagen corporativa o asunción frecuente de riesgos compartidos, o bien sin existir estas relaciones, deciden el control efectivo de común acuerdo.

4.2. Organización, autorización y supervisión consolidada

Los grupos financieros deberán organizarse bajo el control común ya de una empresa tenedora de acciones constituida en Nicaragua o en el exterior⁶⁰, ya de una empresa responsable del grupo financiero, que será el banco o la institución financiera no bancaria que capte depósitos del público constituidas en Nicaragua, o en el exterior⁶¹.

Con todo, cuando la empresa tenedora de acciones o la empresa responsable localizada en el exterior tenga inversiones en Nicaragua en

⁵⁹ Artículo 5 de la Normativa para la constitución y supervisión de las entidades de Leasing o Arrendamiento Financiero

⁶⁰ Cuando en este último caso se encuentre sujeta a supervisión consolidada de acuerdo a los parámetros internacionales y según lo determine el Superintendente de Bancos conforme norma dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia

⁶¹ En idénticos términos a los arriba señalados

dos o más bancos, instituciones financieras no bancarias o Empresas Financieras de Régimen Especial, el Superintendente, conforme norma dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia, podrá ordenar la constitución en Nicaragua de una empresa tenedora de acciones o la conformación bajo una empresa responsable que consolide a dichas instituciones financieras, a opción de las instituciones miembros del grupo radicadas en el país⁶².

Es importante no perder de vista que, cuando exista empresa tenedora de acciones, los grupos financieros estarán integrados por ésta y por dos o más de las empresas siguientes: bancos, instituciones financieras no bancarias o Empresas Financieras de Régimen Especial. Cuando el control común lo tenga la empresa responsable, los grupos financieros estarán integrados por ésta y por al menos una de las instituciones mencionadas anteriormente (art. 135 in fine de la Ley 561).

Para que un banco, institución financiera no bancaria o Empresa Financiera de Régimen Especial constituida en el exterior, forme parte del grupo financiero nacional, se requerirá de la previa autorización del Superintendente, y además cumplir con los requisitos siguientes: que la institución extranjera esté sujeta a la supervisión consolidada por parte de la Superintendencia y que en el país donde este domiciliada se encuentre bajo supervisión de acuerdo a los usos internacionales; que el Superintendente haya suscrito convenios de intercambio de información con el organismo de supervisión correspondiente, para facilitar la supervisión consolidada; que la institución extranjera se incluya en el cálculo para fines de determinar la solvencia del grupo; que se compruebe que la tenedora de acciones o empresa responsable ejerce el control de la institución financiera, asegurándose el control de los votos en las Juntas Generales de Accionistas y participando en la administración; y, en fin, que se obtenga la autorización del Superintendente para realizar la inversión⁶³.

⁶² Segundo párrafo del artículo 135 de la Ley 561

⁶³ Esto último conforme a lo indicado en el Artículo 142 LGBOIF "Autorización para inversiones Los miembros de un grupo financiero deberán solicitar de previo la autorización del Superintendente para invertir en instrumentos de capital de bancos, instituciones financieras no bancarias y empresas financieras de régimen especial

El Superintendente tendrá un plazo de 60 días para pronunciarse acerca de las inversiones a las que se refiere el párrafo precedente, contados desde la fecha de presentación de la solicitud Si el Superintendente pidiera antecedentes adicionales, dicho plazo se extenderá a 90 días Para rechazar la solicitud, el Superintendente deberá dictar resolución fundada Si no hubiere respuesta dentro de los plazos antes señalados, según corresponda, se entenderá autorizada la inversión El Consejo Directivo de la Superintendencia está facultado para dictar las normas de aplicación general en las que se establezcan los requisitos que se deberán cumplir para autorizar las inversiones a las que se refiere este artículo

Las disposiciones de este artículo son aplicables a los bancos e instituciones financieras no bancarias que no formen parte de un grupo financiero

En ningún caso, la empresa tenedora de acciones podrá participar en empresas de naturaleza diferente a las instituciones financieras indicadas en el presente Título"

El Superintendente ostenta la facultad de ejercer la supervisión consolidada de los grupos financieros constituidos en la República de Nicaragua y sus integrantes, aun cuando alguno de éstos se encuentre sometido a la supervisión de otra autoridad supervisora nacional o sobre entidades extranjeras, conforme a los convenios que para tal efecto se suscriban. La Superintendencia de Bancos actuará como coordinador de las actividades de supervisión, a nivel nacional, sobre el grupo financiero y sus miembros, debiendo cualquier otro organismo supervisor en el país brindar al Superintendente de Bancos toda la colaboración e información que éste requiera para el cumplimiento de sus funciones⁶⁴.

Así, la Ley define por supervisión consolidada de los grupos financieros: la práctica, por parte de la Superintendencia de Bancos, de vigilar, monitorear y aplicar las leyes y normas prudenciales a todos los aspectos del negocio conducido por las instituciones que forman parte de un grupo financiero tanto a nivel nacional como internacional, esto último conforme los acuerdos de intercambios de información suscritos entre el Superintendente y los entes supervisores extranjeros. La supervisión consolidada tiene como fin el que las instituciones bajo supervisión de la Superintendencia, que formen parte de un Grupo Financiero, adecuen su funcionamiento a las disposiciones legales y normativas que le sean aplicables, y que los riesgos a que pudieran estar expuestas las instituciones de dicho grupo, por razones de relaciones directas o indirectas, sean evaluados, administrados y supervisados sobre una base tanto individual como a nivel global del Grupo (segundo párrafo del art. 137 de la Ley 561).

Igualmente, corresponde al Superintendente de Bancos autorizar la conformación de grupos financieros. A los efectos de obtener dicha autorización, el Consejo Directivo de la Superintendencia está facultado para dictar normas de aplicación general en las que se establezcan los requisitos de información que deberán cumplir los interesados en constituir un grupo financiero. La correspondiente solicitud para la constitución de un grupo financiero deberá ser firmada por el representante legal de la sociedad tenedora de acciones o de la empresa responsable según el caso⁶⁵.

También, el Superintendente de Bancos tiene la facultad de determinar la existencia de un grupo financiero y la identificación de sus integrantes. A este respecto, puede presumir la existencia de un grupo financiero cuando,

⁶⁴ Primera parte del artículo 137 de la Ley 561

⁶⁵ Parte final del artículo 137 de la Ley 561

entre instituciones financieras, exista relación de afinidad de intereses, tales como: la realización de actividades propias de un grupo financiero, la presencia común de accionistas, miembros de juntas directivas y funcionarios principales, o ejecutivos; el otorgamiento de créditos por montos significativos, en relación con el patrimonio del prestatario o sin garantías adecuadas; la posibilidad de ejercer el derecho de veto sobre negocios; la frecuente asunción de riesgos compartidos, que permitan presumir la existencia de control común entre ellas. Obviamente, todo lo anterior admite prueba en contrario (art. 138 LGBOIF).

Las instituciones financieras que no se regularicen conforme lo establecido en la Ley y en las normas de aplicación general que dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia, serán consideradas como grupos financieros de hecho, quedando dicho grupo sujeto a las obligaciones legales y normativas que se le establezcan. En estos casos, el Superintendente, nombrará un coordinador responsable del grupo, quien será la institución integrante que, establecida en la República de Nicaragua, tenga la mayor cantidad de activos reflejados en los estados financieros de dicho grupo. Al coordinador le corresponderá, además de las otras obligaciones establecida en esta Ley y la normativa que se dicte al respecto, la elaboración y presentación de los estados financieros consolidados del grupo⁶⁶.

Se prohíbe a las instituciones que integran los grupos de hecho, gozar de una, varias o todas las facultades conferidas a las empresas del grupo financiero⁶⁷, según lo determine el Superintendente de Bancos. Dicho funcionario concederá a dichas instituciones un plazo de sesenta días contados a partir de la notificación, para que suspendan la ejecución de tales actividades (art. 139 in fine de la Ley 561).

El artículo 140 de la LGBOIF prescribe que el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos está facultado para dictar las normas

⁶⁶ Primera parte del artículo 139 de la Ley 561

⁶⁷ Art 145 LGBOIF "Facultades de las empresas del grupo financiero - Solamente las empresas que se formen como un grupo financiero conforme a la presente Ley y a la normativa que dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia, podrán 1 Actuar de manera conjunta frente al público; 2 Mantener actividades compartidas, tales como, operaciones activas, pasivas y contingentes; así como contrataciones de servicios de cualquier naturaleza; 3 Usar denominaciones iguales o semejantes, imagen corporativa común y logotipos que las identifiquen frente al público como integrantes de un mismo grupo, o bien usar su propia razón social o denominación; y, 4 Usar en su objeto social o denominación, en su nombre comercial o en la descripción de sus negocios, la expresión "Grupo Financiero" u otras derivadas de dichos términos"

generales que considere necesarias a los efectos de que el Superintendente de Bancos pueda efectuar la supervisión consolidada de los grupos financieros de una manera efectiva, entre las cuales se encuentran los requisitos para la constitución, funcionamiento, responsabilidades y obligaciones de las empresas tenedoras de acciones o empresas responsables.

4.3. Solvencia y otros requerimientos de los grupos financieros

Cada grupo financiero deberá contar con un capital requerido consolidado. Dicho capital, en todo momento deberá ser igual o mayor a la suma de los requisitos de solvencia exigidos por las normas correspondientes a cada miembro del grupo financiero. Así, el cálculo del capital requerido consolidado deberá realizarse conforme las normas que sobre esta materia dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia⁶⁸.

El artículo 153 de la Ley 561 prohíbe la tenencia cruzada de instrumentos de capital entre instituciones pertenecientes al grupo financiero, sean éstas realizadas de forma directa o indirectamente. Asimismo, inhibe a las instituciones miembros del grupo financiero para que éstas puedan garantizar, en cualquier forma, que terceros, o la propia sociedad tenedora de acciones, paguen la suscripción de capital en otras sociedades miembros. En fin, la norma en cuestión también prescribe que el cumplimiento del capital mínimo requerido consolidado por un grupo financiero no exime a los miembros que lo conforman del cumplimiento individual del capital mínimo requerido.

Por su parte, las deficiencias patrimoniales que se reflejen en los estados financieros de un grupo financiero o en los estados financieros individuales de cada uno de sus integrantes, deben de ser subsanadas de acuerdo con lo que dispone la Ley y las normas generales dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos (art. 154 LGBOIF).

Por último, debemos destacar que toda esta materia viene complementada por la Resolución CD-SIBOIF-516-1-ENE9-2008 (“Norma de los grupos financieros”).

⁶⁸ Artículo 152 de la Ley 561

4.4. Empresas financieras de régimen especial

Como comentamos oportunamente, a propósito de la noción de “instituciones financieras no bancarias”, el artículo 147 de la Ley 561 establece los rasgos característicos y el tipo de entidades que deben considerarse bajo dicha noción, de tal suerte que, remitimos al lector interesado a lo señalado en dicho apartado⁶⁹.

5. Régimen jurídico de las entidades financieras bancarias y “no bancarias análogas”

En interés de la solvencia, liquidez y buen funcionamiento de las entidades financieras bancarias y no bancarias “análogas”, el legislador las sujeta a un ingente conjunto de normas que, de manera muy elemental, pueden sistematizarse de la siguiente manera:

5.1. Creación y registro

De manera general, la creación de dichas entidades se encuentra sujeta a autorización administrativa de la SIBOIF, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por Ley, en la forma y con los efectos que hemos ido explicando en cada caso particular⁷⁰.

5.2. Normas de solvencia

Bajo este epígrafe hemos reunido las normas que tienen como finalidad específica el que las entidades de crédito, altamente dependientes de la financiación de terceros, mantengan en todo momento un nivel suficiente de solvencia⁷¹.

a) Coeficiente de solvencia (“capital requerido”)

La solvencia de las instituciones financieras depende de las inversiones realizadas y de los riesgos asumidos, de modo que resulta apropiado emplear como instrumento para su defensa un coeficiente que relacione los fondos propios con los activos atendiendo a su nivel de riesgo, incluyendo en su cómputo los riesgos de firma derivados de las garantías asumidas. Ésta es justamente la técnica del coeficiente de recursos

⁶⁹ Véase apartado 3.1 de este Capítulo

⁷⁰ Vid supra apartados 3 y 4 del presente Capítulo

⁷¹ Así CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit , pág 490

propios: pondera los activos y garantías por el riesgo que juzga que conllevan. Su cálculo permite determinar los recursos propios necesarios para alcanzar el grado de solvencia que se fija como suficiente⁷².

De lo anterior se deduce que, con la finalidad de promover su solvencia, las instituciones financieras deben mantener una relación de por lo menos el diez por ciento entre la “base de cálculo de capital” y los “activos de riesgos crediticios y nocionales”, calculándose estos últimos (los nocionales) en función de los riesgos de mercado y riesgos operacionales. Así, el capital correspondiente a dicha relación mínima se denomina “capital requerido” (art. 19 de la Ley 561).

Con el objeto de velar en todo momento por los intereses de los depositantes, el Superintendente podrá incrementar, mediante resolución fundada, el capital requerido de una institución en particular, en casos donde por aspectos metodológicos no pueda aplicarse capital por riesgo operacional aunque la institución esté expuesta a dicho riesgo. Asimismo, podrá incrementar el capital requerido cuando, bancos o instituciones presenten en particular altas exposiciones a riesgos de tasa de interés, reputacionales o de cualquier índole inherente a dicha institución. La cantidad máxima que el Superintendente podrá establecer en el capital requerido para estos últimos riesgos, será de dos puntos porcentuales por encima del mínimo requerido.

Por lo que hace a los “activos de riesgos crediticio y nocionales”, éstos serán definidos mediante norma general dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos en consonancia con las mejores prácticas internacionales. No se considerarán como activos de riesgo los títulos valores pagaderos en moneda nacional por el Gobierno de la República o por el Banco Central de Nicaragua; en cambio, los títulos valores pagaderos en moneda extranjera emitidos por los entes gubernamentales antes indicados, con fecha posterior a la publicación de la Ley 561, serán ponderados por riesgo mediante norma dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia⁷³.

Según el artículo 20 LGBOIF, se entiende por “base de cálculo del capital”, la suma del capital primario y capital secundario y cualquier otra subdivisión que mediante norma general dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos conforme las mejores prácticas internacionales al respecto.

⁷² ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 284

⁷³ Parte final del artículo 19 de la Ley 561

Así, el capital primario estará conformado por el capital social de la institución financiera, así como por las correspondientes ampliaciones de capital acordadas y plenamente desembolsadas, más la reserva legal: restándole cualquier saldo de plusvalía mercantil comprada, conforme a norma dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia.

Por su parte, el capital secundario estará conformado por donaciones y otras contribuciones no capitalizables; ajustes por reevaluación de activos; otras reservas patrimoniales; los resultados acumulados de períodos anteriores (lógicamente, tales resultados podrán formar parte del capital primario siempre y cuando el órgano competente de la respectiva institución resuelva capitalizarlos de manera expresa e irrevocable); los resultados del período actual; deuda subordinada e instrumentos híbridos de capital; y, en fin, provisiones genéricas. Es importante destacar que la mayor parte de esta materia será desarrollada, por mandato expreso de la misma Ley, por el Consejo Directivo de la SIBOIF, a través de norma general.

Asimismo, la norma establece que a la base de cálculo del capital se le debe restar o deducir cualquier ajuste pendiente de constituir y el valor en libros de las participaciones y obligaciones en subsidiarias y asociadas. Esto último, según regulación establecida por el Consejo Directivo mediante norma general.

La proporción que puede ocupar el capital secundario en la base de capital de los bancos en ningún caso será superior al cien por ciento (100%) del capital primario. Asimismo, la proporción que puede ocupar la deuda subordinada en el capital secundario nunca podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) del capital primario, según regulación establecida por el Consejo Directivo mediante norma general⁷⁴.

Además, la parte final del artículo 20, mandata que, en ningún caso, la suma del capital secundario y cualquier otra subdivisión de capital elegible para el cálculo de adecuación de capital podrán superar en un cien por ciento el capital primario.

En fin, se prevé que el Consejo Directivo está facultado para establecer mediante normas de aplicación general componentes adicionales a la base de cálculo del capital. Así mismo, podrá establecer deducciones

⁷⁴ Artículo 20 de la Ley 561

adicionales a las ya establecidas a las distintas clasificaciones de capital.

b) Reserva de capital

Los bancos, inclusive las sucursales de bancos extranjeros, deberán constituir una reserva de capital con el quince por ciento de sus utilidades netas. De la misma forma, deberán constituir aquellas otras reservas que determine el Consejo Directivo de la Superintendencia mediante normas generales, así como las que exija el Superintendente para cada banco en particular, de acuerdo a sus necesidades. Cada vez que la reserva de capital de un banco o sucursal de banco extranjero alcanzare un monto igual al de su capital social pagado, o asignado y radicado, el cuarenta por ciento de dicha reserva de capital se convertirá automáticamente en capital social pagado o asignado, según el caso, emitiéndose, cuando se trate de un banco, nuevas acciones que se distribuirán entre los accionistas existentes, en proporción al capital aportado por cada uno⁷⁵.

c) Disposiciones especiales en materia de aumento de capital social

En caso de aumento de capital social de un banco, las acciones provenientes de dicho aumento, deberán ser suscritas dentro de un término no mayor de un año contado a partir de la resolución de la Junta General de Accionistas, y pagadas dentro del año siguiente a la fecha de suscripción, so pena de quedar sin efecto la emisión y eliminada su mención en todos los documentos del banco. Por lo que hace a los aumentos de capital provenientes del reparto de utilidades, así declarados por la autoridad competente de la institución, éstos tendrán carácter irrevocable (art. 22 de la Ley 561).

d) Disposiciones en materia de utilidades y forma de cubrir las pérdidas

Por lo que hace a las utilidades de los bancos, éstas se determinarán anualmente⁷⁶.

Es importante hacer notar que solamente podrá haber distribución de dividendos con previa autorización del Superintendente y siempre que se hubiesen constituido las provisiones, ajustes, reservas obligatorias, se

⁷⁵ Artículo 21 de la Ley 561

⁷⁶ Artículo 23 de la Ley 561

cumpla con el coeficiente de capital mínimo requerido y, además, se satisfagan las disposiciones relativas al balance de los bancos (de las que nos ocuparemos líneas abajo)⁷⁷.

En relación a la repatriación del capital de las sucursales de bancos extranjeros establecidas en el país, solamente podrá ser transferido al extranjero con la previa autorización del Superintendente de Bancos, una vez que fuere terminada la liquidación de sus negocios (art. 26 de la Ley 561).

Ahora bien, en caso de que resultaren pérdidas en cualquier liquidación anual deberán cubrirse en la forma siguiente: 1. En primer lugar con aplicaciones de las Reservas Especiales, si las hubiere. 2. En segundo término, con aplicación de las Reservas de Capital; y 3. En última instancia, con el propio Capital del Banco. Si un banco hubiese sufrido pérdidas que afectaren parte de su capital pagado, todas sus ganancias futuras deberán ser destinadas, en primer término a reponer tal pérdida y entre tanto el banco no podrá pagar dividendos o participaciones antes de que estuviere restituido su Capital al monto original, a menos que resolviera reducir su capital y fuere aprobada tal reducción⁷⁸ (art. 23 LGBOIF).

e) Balance de los bancos

La Ley 561 mandata que los bancos formulen sus estados financieros al cierre del ejercicio, esto es, el 31 de Diciembre de cada año.

Además, dentro de los 120 días posteriores al cierre del ejercicio, la Junta General de Accionistas de los bancos, deberá celebrar sesión ordinaria a efectos de conocer y resolver sobre los estados financieros auditados de la institución, debiendo remitir a la Superintendencia certificación de los mismos, y mandarlos a publicar en La Gaceta, Diario Oficial y en un medio escrito de amplia circulación en el territorio Nacional, cumpliendo con las normas establecidas por el Consejo Directivo de la Superintendencia (art. 24 de la Ley 561).

A diferencia de lo que sucedía durante el régimen de la Ley 314, la norma no establece un plazo para que dichas publicaciones se efectúen,

⁷⁷ Artículo 25 de la Ley 561

⁷⁸ Dicha reducción deberá de aprobarse de conformidad a lo señalado en el artículo 16 de la Ley 561, y en los términos que hemos explicado anteriormente

por lo que se debe presumir o bien que éstas deberán realizarse de forma inmediata a su aprobación por la Junta General de Accionistas, o bien que las normas establecidas por el Consejo Directivo de la Superintendencia se ocuparán de la materia. Al tenor de la lectura de la Ley 561, parece que esta última será la solución a adoptarse.

f) Límites al otorgamiento de crédito

El artículo 55 de la Ley 561 deja sentado que los créditos de los bancos sólo podrán otorgarse cuidando, en todo momento, no transgredir las limitaciones y previsiones que la misma norma instaure.

- En tal sentido se establecen, en primer lugar, límites de carácter cuantitativo, a saber, se coarta la posibilidad de celebrar operaciones activas, con partes relacionadas con el banco, que superen un treinta por ciento de la base de cálculo de capital (recuérdese que esta última noción no es otra cosa que la suma del capital primario y capital secundario de la institución financiera de que se trate).

4. Limitaciones a las operaciones activas con partes relacionadas. El monto de las operaciones activas realizadas por un banco con todas sus partes relacionadas, tanto individualmente consideradas, como en conjunto con aquellas personas naturales o jurídicas que integren con ella una misma unidad de interés por la existencia, directa o indirecta, de vinculaciones significativas o asunción frecuente de riesgos compartidos, no podrá exceder de un 30% de la base de cálculo del capital (art. 55.4 LGBOIF)⁷⁹.

Para la debida comprensión de tales limitaciones, el mismo artículo 55 LGBOIF se ocupa de definir tres conceptos claves: “partes relacionadas con un banco”, “vinculaciones significativas” y “manifestaciones indirectas”⁸⁰.

⁷⁹ Entre las operaciones activas que están sujetas a tal límite se encuentran las siguientes a) Los créditos otorgados por el banco incluyendo, operaciones contingentes b) Las operaciones de compra de cartera de créditos y obligaciones emitidas por partes relacionadas que no cumplan con las normas dictadas por la Superintendencia de Bancos En tal sentido, el Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de carácter general para regular las condiciones que deben cumplir este tipo de operaciones c) Depósitos e inversiones de cualquier naturaleza que mantenga la institución, incluyendo operaciones de reporto, que no cumplan con las normas dictadas por la Superintendencia de Bancos Una vez más, el Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de carácter general para regular las condiciones que deben cumplir este tipo de operaciones

⁸⁰ Apartados 1, 2 y 3 del precitado artículo 55 LGBOIF

1. Partes relacionadas con un banco. Se consideran partes relacionadas con un banco las siguientes:
 - a) Los accionistas que, bien sea individualmente o en conjunto con otras personas naturales o jurídicas con las que mantengan directa o indirectamente vinculaciones significativas, posean un cinco por ciento (5%) o más del capital pagado del banco.
 - b) Los miembros de su Junta Directiva, el secretario cuando sea miembro de ésta con voz y voto, el Ejecutivo Principal así como cualquier otro funcionario con potestad, individual o colectiva, de autorizar créditos sustanciales, calificados de acuerdo a normativas generales establecidas por el Consejo Directivo de la Superintendencia. De igual forma estarán incluidas las personas jurídicas con las que tales miembros y funcionarios mantengan directa o indirectamente vinculaciones significativas.
 - c) Los cónyuges y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas naturales incluidas en alguna de los literales anteriores, así como las personas jurídicas con las que tales cónyuges y familiares mantengan directa o indirectamente vinculaciones significativas.
 - d) Las personas jurídicas con las cuales el banco mantenga directa o indirectamente vinculaciones significativas.
 - e) Las personas jurídicas miembros del grupo financiero al cual el banco pertenece, así como sus directores y funcionarios.
2. Vinculaciones significativas. Existen vinculaciones significativas en cualesquiera de los siguientes casos:
 - a) Cuando una persona natural, directa o indirectamente, participa como accionista en otra persona jurídica en un porcentaje equivalente o superior al 33% de su capital pagado o ejerce control por cualquier medio, directo o indirecto, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje.
 - b) Cuando una persona jurídica, directa o indirectamente, participa en otra persona jurídica o ésta participa en aquella, como accionista, en un porcentaje equivalente o superior al 33% de su capital pagado o ejerce control por cualquier medio directo o indirecto, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje.
 - c) Cuando dos o más personas jurídicas tienen, directa o indirectamente, accionistas comunes en un porcentaje equivalente o superior al 33% de sus capitales pagados o cuando unas mismas personas naturales o jurídicas ejercen control, por cualquier medio, directo o indirecto, en aquéllas personas jurídicas, sobre un derecho de voto equivalente o superior al mismo porcentaje.

- d) Cuando por cualquier medio, directo o indirecto, una persona natural o jurídica ejerce influencia dominante sobre la Junta de Accionistas o Junta Directiva; la administración o gerencia; en determinación de políticas, o en la gestión, coordinación imagen, contratación o realización de negocios, de otra persona jurídica, por decisión del Superintendente.
- e) Cuando, por aplicación de las normas generales dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos, el Superintendente pueda presumir que una persona natural o jurídica o varias de ellas mantienen, directa o indirectamente, vinculaciones significativas entre sí o con otra persona jurídica, en virtud de la presencia de indicios de afinidad de intereses⁸¹.
3. Manifestaciones indirectas. En los casos que se hace referencia a vinculaciones significativas, participaciones, medios y cualquier otra manifestación de carácter indirecta, debe entenderse que tales manifestaciones se refieren a situaciones donde se evidencie la celebración de actos o contratos, la existencia de hechos o la intervención de terceras personas, que produzcan efectos equivalentes a aquellos que se producirían de manera directa. Naturalmente, estas evidencias admiten prueba en contrario.
- En la misma línea que las limitaciones de carácter cuantitativo establecidas respecto de las “partes relacionadas con un banco”, el artículo 56 LGBOIF implanta unos límites para otorgar créditos a “partes no relacionadas” a la institución financiera; de tal suerte que la norma en cuestión prohíbe celebrar operaciones activas, con partes no relacionadas, que superen un treinta por ciento de la base de cálculo de capital⁸².

⁸¹ “A este respecto, se consideran indicios de vinculación significativa por afinidad de intereses, entre otros la presencia común, de miembros de Juntas Directivas; la realización de negocios en una misma sede; el otorgamiento de créditos por montos excesivos en relación con el capital, de favor o sin garantías; el ofrecimiento de servicios bajo una misma imagen corporativa; la posibilidad de ejercer derecho de veto sobre negocios; la asunción frecuente de riesgos compartidos; la existencia de políticas comunes o de órganos de gestión o coordinación similares, y los demás que se incluyan en las referidas normas”. Como es natural, todas estas presunciones admiten prueba en contrario

⁸² Art 56 LGBOIF “Los bancos no podrán otorgar créditos incluyendo operaciones contingentes, directa o indirectamente, a una misma persona natural o jurídica, individualmente considerada o en conjunto con aquellas personas naturales o jurídicas que integren con ella una misma unidad de interés por la existencia de vinculaciones significativas o asunción frecuente de riesgos compartidos, por un monto que exceda en conjunto del 30% de la base de cálculo. Dentro del porcentaje antes señalado se incluirán las inversiones en obligaciones emitidas por las mismas personas antes mencionadas

A los efectos de este artículo se consideran formando parte de una misma unidad de interés, las siguientes personas naturales y jurídicas

1 Si el solicitante de crédito es una persona natural, formarán con esta una misma unidad de interés, su cónyuge y sus familiares dentro del segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como las personas jurídicas que directamente o indirectamente mantengan vinculaciones significativas con el solicitante, su cónyuge y sus indicados familiares

- Por último, el antes aludido artículo 55, también establece barreras de carácter cualitativo, que deben observar los bancos, en las operaciones que celebren con sus “partes relacionadas”. Así, “en cualquier negociación con sus partes relacionadas, los Bancos deberán efectuarlas en condiciones que no difieran de las aplicables a cualquier otra parte no relacionada con la institución, en transacciones comparables. En caso de no existir en el mercado transacciones comparables, se deberán aplicar aquellos términos o condiciones, que en buena fe, le serían ofrecidos o aplicables a partes no relacionadas a la institución”⁸³.

5.3. Propiedad y control

La enorme importancia atribuida a la propiedad o control de las entidades financieras bancarias o “análogas”, da carta de naturaleza al establecimiento de ciertas normas limitativas⁸⁴.

a) Adquisición de participaciones significativas

Sólo basta recordar aquí que la Ley 561 ordena la necesaria autorización del Superintendente para adquirir, directamente o a través de terceros, acciones de un banco, que, por sí solas o sumadas a las que ya posea,

-
- 2 Si el solicitante de crédito es una persona jurídica, formarán con esta una misma unidad de interés, las personas naturales o jurídicas que directamente o indirectamente mantengan vinculaciones significativas con dicho solicitante
Para determinar las vinculaciones significativas señaladas en los numerales precedentes, se atenderá a las definiciones contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo precedente, en todo cuanto sea aplicable”

⁸³ Apartado 5 del susodicho artículo 55 LGBOIF

La parte final de dicho apartado precepto prevé que “Lo establecido en el párrafo anterior es aplicable a los siguientes casos:

- a Las operaciones activas realizadas por la institución, incluyendo las contingentes;
- b La compra venta de activos a partes relacionadas;
- c Servicios contractuales realizados por o a favor del banco;
- d Cualquier transacción en que la parte relacionada actúe como agente o reciba comisiones por sus servicios al banco;
- e Cualquier transacción o serie de transacciones con terceras personas, naturales o jurídicas, en las que la parte relacionada tenga interés financiero; o que la parte relacionada sea partícipe en dicha transacción o serie de transacciones

Cuando el Superintendente determine que se ha infringido cualquiera de las disposiciones de este numeral o que se exponga a cualquiera de las sociedades del grupo financiero a riesgos de contagio derivados de la situación que afecte a las personas relacionadas, el Superintendente, tendrá sobre dichas sociedades las mismas atribuciones de fiscalización y supervisión que la Ley le otorga para el caso de los bancos. Si se determinare la existencia de la infracción o de la exposición, el Superintendente, sin perjuicio de las sanciones que contemplen las leyes, ordenará de inmediato la terminación de tales contratos o exigirá las medidas correctivas necesarias”

⁸⁴ Cfr CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit , pág 492

representen una cantidad igual o mayor al 5% del capital de éste; de modo que, quedarán en suspenso los derechos sociales del nuevo accionista, mientras no obtenga la autorización del Superintendente⁸⁵.

Así, el Superintendente sólo podrá denegar la autorización por resolución fundada, si el peticionario no cumple con los requisitos de información asociados a las relaciones de vinculación significativas y la determinación de sus unidades de interés, y los requisitos de solvencia e integridad.

b) Prohibiciones a los bancos

Con fundamento en el especial protagonismo que tienen los bancos dentro del sistema financiero nacional, la Ley 561 establece una serie de prohibiciones que tratan de asegurar, en todo momento, la estabilidad de la empresa bancaria.

Así, se prohíbe estrictamente a todo banco:

1. Comprar y conservar acciones o participaciones en sociedades o empresas (con excepción de aquéllas que formen parte de un portafolio negociable según lo determine el Consejo Directivo de la Superintendencia), salvo en bancos, instituciones financieras no bancarias y entidades financieras de régimen especial⁸⁶. Cuando se trate de acciones o participaciones adquiridas judicial o extrajudicialmente en defensa de créditos, deberán traspasarlas o liquidarlas en un plazo no mayor de dos años, el cual podrá ser prorrogado por acuerdo de su Junta Directiva y posterior aprobación del Superintendente de Bancos. El Consejo Directivo de la Superintendencia establecerá mediante norma general, el monto de las inversiones que pueden tener los bancos en otros bancos, en instituciones financieras no bancarias y entidades financieras de régimen especial.
2. Conceder crédito con el objeto de que su producto se destine directa o indirectamente a la adquisición de acciones del propio banco o las de las personas jurídicas con las cuales mantiene vinculaciones significativas.
3. Aceptar como garantía de créditos sus propias acciones, o las de las personas jurídicas con las cuales el Banco mantiene vinculaciones significativas, salvo que lo autorice previamente el Superintendente.

⁸⁵ Numeral 4 del artículo 16 LGBOIF

⁸⁶ Véase en tal sentido lo indicado en el artículo 142 LGBOIF



4. Aceptar como garantía de crédito acciones de otro banco, cuando el conjunto de esos créditos exceda del quince por ciento del patrimonio de dicho banco o exceda del mismo porcentaje respecto al banco acreedor que determine el Consejo Directivo de la Superintendencia.
5. Adquirir y conservar la propiedad de bienes muebles o inmuebles que no sean necesarios para el uso del mismo banco. Los bienes que adquiera un banco en virtud de adquisición judicial o extrajudicial, y que no fueren necesarios para uso propio del mismo banco, deberán ser vendidos dentro de un plazo no mayor de dos años, el cual podrá ser prorrogado por acuerdo de su Junta Directiva y posterior aprobación del Superintendente de Bancos.
6. Pagar dividendos o participación con cargos a la reserva de capital.
7. Dedicarse a operaciones de seguros en general, que no estén vinculadas a sus operaciones propias de banco.
8. Realizar operaciones propias de los almacenes generales de depósito.
9. Descontar anticipadamente intereses sobre préstamos que concedieren.
10. Capitalizar intereses al principal. Lo anterior podrá realizarse cuando en virtud de una reestructuración del crédito se conviniere entre las partes.
11. Incrementar la tasa de interés de un préstamo o disminuir la tasa de interés de un depósito cuando se haya pactado a tasa fijada durante el término del mismo. Los préstamos o depósitos con tasa variable deben sujetarse a un punto de referencia específico que deberá establecerse en el contrato. Asimismo, los contratos deben establecer claramente si el préstamo o depósito es pactado a tasa fija o a tasa variable.
12. Incluir en los contratos de préstamo cláusulas que prohíban la opción del cliente de pagar anticipadamente su crédito. En los casos de pago anticipado, el banco podrá cobrar una penalidad de acuerdo a un porcentaje o modalidad expresamente establecido en el contrato.
13. Establecer tasas de interés que recaigan de una vez sobre el monto total del préstamo, por lo tanto la tasa de interés debe calcularse sobre el saldo deudor.
14. Otorgar, reestructurar o prorrogar créditos sin el avalúo de las garantías reales, en cada caso, donde el valuador de fe de la tasación realizada.
15. Realizar otras operaciones o prestar servicios que el Superintendente considere incompatibles con el negocio bancario o financiero, o que

pongan en peligro la estabilidad y seguridad de la institución. Todo por resolución razonada y en base a Ley⁸⁷.

5.4. Administración y gestión

Nuestro ordenamiento jurídico limita la potestad de autoorganización administrativa de las distintas instituciones financieras, imponiendo en todos los casos una configuración plural y colegiada para el órgano de gobierno.

a) Gobierno corporativo

El artículo 39 de la Ley 561 define que como gobierno corporativo de las instituciones financieras, “el conjunto de directrices que regulan las relaciones internas entre la junta general de accionistas, la junta directiva, la gerencia, funcionarios y empleados; así como entre la institución, el ente supervisor y el público”.

En tal sentido, las políticas que regulen el gobierno corporativo de las instituciones financieras, deben incluir, al menos:

1. Los valores corporativos, normas éticas de conducta y los procedimientos para asegurar su cumplimiento.
2. La estrategia corporativa, de manera que permita contrastar el éxito de la institución en su conjunto y la contribución individual al mismo.
3. Políticas de asignación de responsabilidades y niveles de delegación de autoridad en la jerarquía para la toma de decisiones.
4. Políticas para la interacción y cooperación entre la junta directiva, la gerencia y los auditores.
5. Las políticas de control interno adecuado a la naturaleza y escala de sus actividades, que incluya disposiciones claramente definidas para la delegación de poderes, el régimen de responsabilidad, y las necesarias separaciones de funciones. Tales funciones deberán ser fiscalizadas por un auditor interno conforme a lo indicado en la Ley y en las normas que a este respecto dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia.
6. Las políticas sobre procesos integrales que incluyan la administración de los diversos riesgos a que pueda estar expuesta la institución,

⁸⁷ Artículo 57 de la Ley 561

así como sistemas de información adecuados y un Comité para la gestión de dichos riesgos.

7. Las políticas sobre mecanismos para la identificación, medición, seguimiento, control y prevención de riesgos, y políticas para el manejo de conflictos de interés.
8. Las políticas generales salariales y otros beneficios para los trabajadores.
9. Flujos de información adecuados, tanto internos como para el público.
10. Políticas escritas sobre la concesión de créditos, régimen de inversiones, evaluación de la calidad de los activos, suficiencia de provisiones, y administración de los diferentes riesgos⁸⁸.

b) Junta Directiva y Directores

En lo que atañe a la Junta Directiva de los bancos, ésta estará integrada por un mínimo de cinco directores y los suplentes que determine su propia escritura de constitución social o sus estatutos. Debiendo reunirse la Junta, obligatoriamente, al menos una vez al mes⁸⁹.

Asimismo, los miembros propietarios y suplentes de la Junta Directiva serán nombrados por la Junta General de Accionistas por períodos determinados conforme a la escritura de constitución social y estatutos del banco, los cuales nunca serán inferiores a un año. Pudiendo, por lo demás, ser reelectos.

En lo atañe a los acuerdos y resoluciones de la Junta Directiva, éstas constarán en el respectivo Libro de Actas, y deberán ser firmados al menos por el presidente y el secretario de las mismas. La participación de los demás directores en la sesión se demostrará con su firma en dicho Libro o en documento de asistencia que pasará a formar parte del acta respectiva.

A tono con los avances tecnológicos, la disposición que venimos tratando establece que la Junta Directiva, con carácter excepcional, y una vez cumplidos los requisitos legales, podrá celebrar sesiones sin necesidad de reunión física de sus miembros, a través de la comunicación entre ellos por correo electrónico, teléfono, fax o por cualquier otro medio de comunicación que evidencie la participación, identificación y decisión

⁸⁸ Artículo 40 de la Ley 561

⁸⁹ Artículo 27 de la Ley 561

e los participantes. En este caso, el secretario deberá constatar lo anterior, levantando el acta correspondiente, en la que se incorporen los asuntos y las resoluciones tomadas, misma que deberá ser suscrita por el presidente y el secretario de la Junta. Los demás directores, deberán, en su oportunidad, ratificar con su firma, en documento aparte, su participación en la respectiva sesión.

En fin, las certificaciones de las actas deberán ser libradas por el secretario de la Junta, o por un notario público designado por ésta.

Los Directores, esto es, los miembros de la Junta Directiva de los bancos, podrán ser personas naturales o jurídicas, accionistas o no. En el caso de las personas naturales deberán ser no menores de veinticinco años al día de su nombramiento, y de reconocida honorabilidad y competencia profesional. Por lo que hace a las personas jurídicas, éstas ejercerán el cargo a través de un representante, quien deberá cumplir con los requisitos anteriores, y será responsable personalmente y en forma solidaria por las actuaciones, conjuntamente con el accionista que representa, en los términos establecidos en el Artículo 35 de la Ley⁹⁰ (artículo 28 de la Ley 61).

La Ley es bastante prolija al momento de establecer los impedimentos para ser miembro de la Junta Directiva de un banco. Así, se excluye de la posibilidad a:

Las personas que directa o indirectamente, sean deudores morosos por más de noventa días o por un número de tres veces durante un período de doce meses, de cualquier banco o institución sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos o que hubiesen sido declarados judicialmente en estado de insolvencia, concurso o quiebra. El Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de aplicación general para regular estos supuestos.

Art 35 LGBOIF “Los miembros de la Junta Directiva del banco, sin perjuicio de las otras sanciones que les correspondan, responderán personal y solidariamente con sus bienes de las pérdidas que se irroguen al banco por autorizar operaciones prohibidas y por los actos efectuados o resoluciones tomadas por la Junta Directiva en contravención a las leyes, a las normas dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia, a las instrucciones y órdenes del Superintendente, a las disposiciones emanadas del Banco Central y demás disposiciones aplicables, quedando exentos de esa responsabilidad únicamente los que hubiesen hecho constar su voto disidente en el acta de la sesión correspondiente, y los que estuviesen ausentes durante dicha sesión y en la sesión en donde se apruebe el acta respectiva”

2. Los que con cualquier otro miembro de la Directiva del banco fueren cónyuges, o compañero o compañera en unión de hecho estable, o tuviesen relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad. No se incurrirá en esta causal cuando la relación exista entre un director propietario y su respectivo suplente.
3. Los directores, gerentes, funcionarios, mandatarios o empleados de cualquier otra institución financiera supervisada que pertenezcan a otro grupo financiero.
4. Los Gerentes, funcionarios ejecutivos y empleados del mismo Banco, con excepción del Ejecutivo principal.
5. Los que directa o indirectamente sean titulares, socios o accionistas que ejerzan control accionario o administrativo sobre sociedades que tengan créditos vencidos por más de noventa días o por un número de tres veces durante un período de doce meses, o que estén en cobranza judicial en la misma empresa o en otra del Sistema Financiero.
6. Las personas que hayan sido sancionadas en los quince años anteriores por causar perjuicio patrimonial a un banco, o a la fe pública alterando su estado financiero.
7. Los que hayan participado como directores, gerentes, subgerentes o funcionarios de rango equivalente de un banco que haya sido sometido a procesos de intervención y de declaración de estado de liquidación forzosa, a los que por resolución judicial, o administrativa del Superintendente, se les haya establecido o se les establezca responsabilidades, presunciones o indicios que los vincule a las situaciones antes mencionadas. Como siempre, lo anterior admitirá prueba en contrario.
8. Los que hayan sido condenados por cualquier delito de naturaleza dolosa que merezcan penas más que correccionales (art. 29 de la Ley 561).

La elección de las personas comprendidas en la prohibición de los numerales 2 al 8 del artículo anterior carecerá de validez, con efectos legales a partir de la notificación por parte del Superintendente. Por su parte, los miembros de la Junta Directiva que en cualquier tiempo llegaren a tener los impedimentos del artículo anterior cesaran en sus cargos⁹¹.

En fin, el cargo de director de un banco puede quedar vacante, ya sea

⁹¹ Artículo 30 de la Ley 561

cuando falte a tres sesiones de manera consecutiva, sin autorización de la Junta Directiva; ya sea en los casos en que incurra en inasistencias, con o sin autorización, que superen la tercera parte del total de sesiones celebradas en un lapso de doce meses que culmine en la fecha de la última ausencia. Como es natural, las causales anteriores no operan en la medida en que el suplente designado asista a las sesiones (art. 31 LGBOIF).

Siempre en relación con la Junta Directiva de los bancos, sin perjuicio de las demás disposiciones legales y contractuales que le sean aplicables, el artículo 38 de la Ley 561 les impone las responsabilidades siguientes:

1. Velar por la liquidez y solvencia de la institución.
2. Aprobar la política financiera y crediticia de la institución y controlar su ejecución.
3. Vigilar porque los depósitos del público sean manejados bajo criterios de honestidad, prudencia, eficiencia y profesionalismo.
4. Cuidar porque se implementen, e instruir para que se mantengan en adecuado funcionamiento y ejecución, las políticas, sistemas y procesos que sean necesarios para una correcta administración, evaluación y control de los riesgos inherentes al negocio.
5. Guardar porque las operaciones activas, pasivas y contingentes no excedan los límites establecidos en la Ley.
6. Conocer y disponer lo que sea necesario para el cumplimiento y ejecución de las medidas de cualquier naturaleza que el Superintendente, en el marco de su competencia, disponga en relación con la institución.
7. Cumplir y hacer que se cumplan en todo momento las disposiciones de las leyes, normas, directrices y reglamentos internos aplicables.
8. Estar debidamente informada por reportes periódicos sobre la marcha de la institución y conocer los estados financieros mensuales y anuales de la misma, así como el informe trimestral del Auditor del Banco y, anualmente, el informe de los auditores externos.
9. Asegurar que se implementen las recomendaciones derivadas de los informes de auditoría.
10. Velar por que se observe la debida diligencia por parte de los empleados y funcionarios de la institución, en el manejo y uso de los productos y servicios de ésta.
11. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones y regulaciones que sean aplicables a la institución, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley.

12. Establecer las medidas necesarias para corregir las irregularidades detectadas en la gestión.
13. Velar por que se cumplan sin demora las resoluciones que dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia y las disposiciones del Superintendente, así como los pedidos de información realizados por este último.
14. Velar por que se proporcione la información que requiera el Superintendente, y asegurarse de su certeza y veracidad con respecto de hechos u operaciones que pudieran afectar la estabilidad y solidez de la institución.
15. Establecer las medidas conducentes a garantizar la oportuna realización de las auditorias internas y externas independientes que aseguren un conocimiento de eventuales errores y anomalías, analicen la eficacia de los controles y la transparencia de los estados financieros. En fin, el Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de aplicación general en las que se establecerán la forma en que se aplicaran y ejecutaran alguna o todas las responsabilidades aquí enunciadas.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 561 establece que cuando cualquier accionista, alguno de los miembros de la Junta Directiva o cualquier funcionario de una entidad bancaria tuviere interés personal o conflicto de intereses con el banco en el trámite o resolución de cualquier asunto u operación, o lo tuvieren su grupo financiero, socios, o la firma o empresa a que pertenezca, o su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, no podrá incidir ante los funcionarios y órganos del banco a cuyo cargo estuviera la tramitación, análisis, recomendación y resolución del mismo, ni estar presente durante la discusión y resolución del tema relacionado.

Complementado lo anterior, el artículo subsiguiente prescribe que los miembros de la Junta Directiva del banco, sin perjuicio de las otras sanciones que les correspondan, responderán personal y solidariamente con sus bienes de las pérdidas que se irroguen al banco por autorizar operaciones prohibidas y por los actos efectuados o resoluciones tomadas por la Junta Directiva en contravención a las leyes, a las normas dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia, a las instrucciones y órdenes del Superintendente, a las disposiciones emanadas del Banco Central y demás disposiciones aplicables, quedando exentos de esa responsabilidad únicamente los que hubiesen hecho constar su voto disidente en el acta de la sesión correspondiente, y los que estuviesen

ausentes durante dicha sesión y en la sesión en donde se apruebe el acta respectiva⁹².

c) Gerentes

La LGBOIF faculta a la Junta Directiva para nombrar a uno o varios gerentes o ejecutivos principales, pudiendo ser estos accionistas o no y, además, deberán cumplir los requisitos establecidos en los pre-estudiados artículos 28 y 29, en lo que les fuere aplicable⁹³.

El gerente o ejecutivo principal tendrán las facultades que expresamente se les confieran en el nombramiento o en el poder que se les otorgue. Éstos no necesitarán de autorización especial de la Junta Directiva, para cada acto que ejecuten en el cumplimiento de las funciones que se les haya asignado y tendrán, para la realización de las mismas, la representación legal del banco con amplias facultades ejecutivas. Con todo, la representación judicial y extrajudicial de los bancos corresponderá, por ministerio de Ley, al presidente de su Junta Directiva⁹⁴.

Por último, el artículo 32 LGBOIF prevé que las sucursales de bancos extranjeros establecidas en Nicaragua no necesitarán tener una Junta Directiva residente en el país. Su administración y representación legal estarán a cargo de un Gerente debidamente autorizado, con residencia en el país y estará sujeto a los requisitos e incapacidades que se establecen en los artículos 28 y 29 de la Ley, en todo lo que les fuere aplicable. No obstante, cuando el Superintendente lo juzgue necesario podrá exigir la presencia del funcionario del banco extranjero encargado de supervisar las actividades de la Sucursal o un representante suyo con representación suficiente.

⁹² En idéntica línea véase el artículo 36 LGBOIF “Las mismas responsabilidades que dispone el artículo anterior, corresponden a los directores, funcionarios o empleados de un banco que revelaren o divulgaran cualquier información de carácter confidencial sobre asuntos comunicados al propio banco o que en el se hubiesen tratado, así como los mismos directores, funcionarios o empleados que aprovecharen tal información para fines personales No están comprendidas en el párrafo anterior las informaciones que requieran las autoridades en virtud de atribuciones legales, ni el intercambio corriente de informes confidenciales entre bancos o instituciones similares para el exclusivo propósito de proteger las operaciones en general”

⁹³ Artículo 33 LGBOIF

⁹⁴ La parte final del artículo 33 deja sentado que “La Junta Directiva de los bancos deberá requerir del gerente general de la institución respectiva o de quien haga sus veces, que le informe, en cada sesión ordinaria, de todos los créditos y garantías que a partir de la sesión precedente, se hubiere otorgado a cada el cliente, así como las inversiones efectuadas, cuando en uno u otro caso se exceda el límite establecido legalmente Asimismo, dicho funcionario deberá informar a la Junta Directiva, al menos trimestralmente, sobre la evolución financiera de la institución Todo lo anterior deberá quedar recogido en el acta respectiva”

d) Auditor interno

Sin perjuicio de la vigilancia y fiscalización de los bancos y sucursales de bancos extranjeros que corresponden al Superintendente de Bancos, dichos bancos y sucursales deberán tener un Auditor Interno a cuyo cargo estarán las funciones de inspección y fiscalización de las operaciones y cuentas del respectivo banco o sucursal de banco extranjero, en ambos casos deberá contar con la no objeción del Superintendente (art. 41 de la Ley 561).

El auditor interno deberá ser debidamente calificado y será nombrado por la Junta General de Accionistas o por la matriz de la sucursal extranjera por un período de tres años y podrá ser reelecto. También puede ser removido antes del vencimiento de su período, por el voto de la mayoría de dos tercios de accionistas presentes en una Junta General o por un motivo que justifique tal decisión de la casa matriz de un banco extranjero, en ambos casos deberá contar con la no objeción del Superintendente.

El auditor deberá rendir un informe trimestral de sus labores al o a los vigilantes electos por la Junta General de Accionistas, o a la casa matriz cuando se trate de sucursales de bancos extranjeros. Lo anterior es sin perjuicio de comunicar de inmediato a las instancias antes referidas y posteriormente al Superintendente, dentro de las 72 horas siguientes, cualquier situación o hallazgo significativo detectado que requiera una acción inmediata para su corrección o prevención.

En fin, el Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de carácter general que deben cumplir los auditores internos de los bancos en el desempeño de sus funciones.

d) Deber de comunicación al Superintendente

Toda elección de miembros de la Junta Directiva o nombramiento del Gerente General o Ejecutivo Principal y del Auditor Interno de un banco, deberá ser comunicada inmediatamente por el Presidente de la Junta Directiva o el Secretario de la misma al Superintendente de Bancos, a quien remitirán certificación del acta de la sesión en que se hubiese efectuado el nombramiento dentro de las posteriores 72 horas de la firma del acta⁹⁵.

⁹⁵ Artículo 37 LGBOIF

El Superintendente de Bancos podrá dejar sin efecto cualquier elección o nombramiento que no cumpla los requisitos de idoneidad y competencia para dicho cargo, conforme a normas de carácter general que a este efecto dicte el Consejo Directivo de la Superintendencia.

5.5. Obligaciones de información

Las instituciones financieras se ven obligadas, en virtud de una ingente cantidad de normas, a informar de manera amplia y pormenorizada a la Superintendencia de Bancos con el propósito de que dicha entidad tenga un conocimiento preciso de la situación económica, patrimonial y financiera de la institución financiera de que se trata, así como del cumplimiento que ésta hace de las diversas obligaciones establecidas por la regulación de la materia⁹⁶.

En todo caso, merece la pena destacar el gran desarrollo e intensificación de sus deberes contables⁹⁷. Como prueba de tal aserto basta con revisar la regulación relativa a los estados contables, donde estos estarán, en todo caso, sujetos por ley a verificación por auditores, tanto internos (según hemos podido observar líneas arriba), como externos, esto último al tenor de lo señalado en el artículo 42 de la Ley 561, mismo que establece que “los Bancos deberán contratar anualmente cuando menos una auditoria externa. El Consejo Directivo de la Superintendencia podrá determinar mediante normas generales los requisitos mínimos que reunirán los auditores y las auditorias externas, así como la información que, con carácter obligatorio, deberán entregar a la Superintendencia acerca de la situación de las instituciones auditadas y del cumplimiento de sus propias funciones. Los auditores externos estarán obligados a remitir al Superintendente copia de sus dictámenes y pondrán a su disposición los papeles de trabajo y cualquier otra documentación e información relativa a las instituciones auditadas. Los bancos únicamente podrán contratar para auditar sus estados financieros a las firmas de auditoria externa inscritas en el registro que para tal efecto lleva la Superintendencia de Bancos y de acuerdo a la normativa dictada sobre esta materia”.

⁹⁶ Véase CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit , pág 493

⁹⁷ CORTÉS, op cit , ibidem

CAPÍTULO III

ENTIDADES DE AUTORIZACIÓN, SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y CONTROL

La particular naturaleza de la actividad financiera, ha obligado a que el legislador, tanto el patrio como el del Derecho Comparado, organice una serie de entidades que se encargan, por una parte, de supervisar, fiscalizar y controlar la buena andanza del sistema financiero en general, y de manera singular a la actividad bancaria; y, por otro lado, de autorizar a los sujetos que participan de ésta.

Y es que la intervención del Estado en la actividad bancaria encuentra justificación en dos circunstancias fundamentales: de una parte, el hecho de que la banca capta un altísimo porcentaje del ahorro nacional y, de otra, la importante posibilidad de creación y administración de los medios de pago que tiene la banca¹.

Ahora bien, en nuestro medio, dentro de las instituciones de autorización, supervisión, fiscalización y control, cobra especial notoriedad la Superintendencia de Bancos como pieza central del sistema. No obstante, tampoco debe perderse de vista la notable relevancia que tiene dentro del Sistema de Control, tanto el Banco Central de Nicaragua como el Sistema de Garantía de Depósitos, instituciones ambas a las que el legislador ha delegado funciones y atribuciones claves para la bienandanza del sistema financiero en general.

1. La Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras

1.1 Nociones generales

Como ya hemos comentado en su oportunidad, la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras se rige a través de la Ley 316, del 11 de octubre de 1999².

¹ BONEO VILLEGAS y BARREIRA DELFINO, Contratos Bancarios Modernos, cit , pág 26

² La Gaceta Diario Oficial No 196, del 14 de octubre de 1999 Dicha norma fue reformada, primero, por la Ley No 552, de Reformas a la Ley 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras (La Gaceta Diario Oficial 169, de 31 de Agosto de 2005); después, por la Ley No 564, de Reforma a la Ley No 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (La Gaceta Diario Oficial 228, de 24 de Noviembre de 2005); y, finalmente, por la Ley No 576, de Reforma a la Ley No 316, Ley de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (La Gaceta Diario Oficial 58, de 22 de marzo de 2006)

El artículo 1 de dicha norma concibe a la Superintendencia como una institución autónoma del Estado con plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones respecto de aquellos actos o contratos que sean necesarios para el cumplimiento del objetivo establecido en la Ley.

Y es que, como ya hemos puesto en evidencia, la Superintendencia viene a erigirse en la piedra angular del Sistema de Control de la actividad financiera, y especialmente la bancaria, en Nicaragua.

Con todo, llama poderosamente la atención el hecho de que “para todos los efectos legales debe entenderse que la existencia jurídica de la Superintendencia, creada por la Ley Número 125 del veintiuno de Marzo de mil novecientos noventa y uno y publicada en La Gaceta, Diario Oficial Número 64 del diez de Abril del mismo año, ha permanecido sin solución de continuidad desde la entrada en vigencia de la Ley Número 125 mencionada anteriormente”.

Dicho de otra forma, la ley 316 simplemente se limita a regular una institución que ya encontraba carta de naturaleza en una norma preanterior.

1.2 Funciones y atribuciones

En línea de principio, la Superintendencia tiene encomendado velar por los intereses de los depositantes que confían sus fondos a las Instituciones Financieras, legalmente autorizadas para recibirlos, y preservar la seguridad y confianza del público en dichas instituciones; promoviendo una adecuada supervisión que procure su solvencia y liquidez en la intermediación de los recursos a ellos confiados³.

En tal sentido, la Superintendencia tiene a su cargo autorizar, supervisar, vigilar y fiscalizar la constitución y el funcionamiento de todos los bancos, sucursales y agencias bancarias que operen en el país, de las instituciones financieras no bancarias y de los grupos financieros, ya sean entidades estatales o privadas, nacionales o extranjeras, que se dediquen habitualmente en forma directa o indirecta, a actividades de intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros o a la prestación de otros servicios bancarios

³ Artículo 2 de la Ley 316

Como puede inferirse de lo que llevamos dicho, lo que justifica la creación de un ente de supervisión y control de la actividad financiera, en general (y en particular de la bancaria), es, de una parte, el velar por los intereses de los depositantes, y de los demás clientes y usuarios de las instituciones financieras; y, por otro lado, el propósito último de salvaguardar el sistema financiero nacional, dada la especial importancia que este tiene dentro de la economía del país.

Justamente por ello, el legislador establece una serie de atribuciones en favor de la SIBOIF, de tal modo que ésta podrá⁴:

1. Resolver las solicitudes presentadas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras para abrir y poner en operación nuevos bancos, sucursales y agencias bancarias y demás instituciones financieras.
2. Supervisar, inspeccionar, vigilar y fiscalizar el funcionamiento de todas las entidades bajo su ámbito de acción.
3. Regular la suficiencia de capital, la concentración de crédito, el crédito a partes relacionadas y la clasificación y aprovisionamiento de cartera.
4. Hacer cumplir las leyes especiales y generales y las normas reglamentarias que rijan para la constitución, transformación y disolución de las instituciones sujetas a su vigilancia, control y fiscalización.
5. Resolver la intervención de cualquier banco o entidad financiera no bancaria, en los casos contemplados por la ley.
6. Solicitar la liquidación forzosa de cualquier banco o entidad financiera no bancaria bajo su supervisión, inspección, vigilancia, y fiscalización, en los casos contemplados por la ley, y ejecutarla cuando la ley le atribuye esa facultad.
7. Hacer cumplir las disposiciones a que las entidades supervisadas, inspeccionadas, vigiladas, y fiscalizadas estén obligadas conforme a la presente Ley, la Ley del Sistema de Garantía de Depósitos, la Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua y las normas que se deriven de éstas, e imponer las sanciones de carácter administrativo por el incumplimiento a dichas leyes y normas.

⁴ Artículo 3 de la Ley 316 Reformado así por la Ley No 552 La Gaceta Diario Oficial No 169, del 31 de Agosto del 2005

8. Hacer del conocimiento público el nombre o razón social de las entidades sometidas a su supervisión, inspección, vigilancia, y fiscalización, así como la lista de los nombres de sus Directores y cargos que ostentaren.
9. Requerir de los bancos y demás instituciones fiscalizadas los informes que necesite para el cumplimiento de sus funciones.
10. Inspeccionar regularmente las instituciones que le corresponda vigilar, y realizar arqueos y otras verificaciones convenientes por medio del personal de la Superintendencia o el debidamente contratado para tal efecto. En este caso el personal está obligado a observar el sigilo bancario, so pena de responsabilidades civiles y penales según el caso. Estas inspecciones, arqueos y verificaciones deberán realizarse por lo menos una vez al año y podrán llevarse a cabo sin previo aviso a las instituciones a inspeccionar.
11. Declarar sin valor legal y sin efectos societarios y jurídicos los nombramientos de los Directores, del Gerente General o del Principal Ejecutivo y del Auditor Interno de las Instituciones Financieras sujetas a su supervisión, inspección, vigilancia, y fiscalización, si no llenan los requisitos de ley. Asimismo, podrá ordenar la destitución de los Directores y funcionarios de las Instituciones sometidas a su competencia, por irregularidades cometidas en el ejercicio de sus funciones de conformidad con esta Ley, todo sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que correspondan.
12. Impartir a las instituciones sujetas a su supervisión, inspección, vigilancia y fiscalización, las instrucciones necesarias para subsanar las deficiencias o irregularidades que se encontraren y adoptar las medidas que sean de su competencia para sancionar administrativamente y corregir las infracciones que se hubieren cometido.
13. Dictar las normas y disposiciones necesarias para el cumplimiento del objeto de la Ley.
14. En nombre y a cuenta de la entidad respectiva, y previa autorización de Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras, contratar servicios de auditoria para casos especiales, cuando lo considere necesario para el mejor desempeño de sus funciones, sin menoscabo de las disposiciones legales vigentes. Si la situación lo justificare, el Superintendente seguirá el procedimiento establecido en el artículo 169 de la Ley General

de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros, para hacer efectivo el pago⁵.

15. Suscribir acuerdos de intercambio de información y cooperación con organismos o grupos de organismos de supervisión de índole financiera de otros países o de carácter internacional. 16. Realizar todas aquellas actividades compatibles con su naturaleza y cualquier otra que dispongan las leyes.

1.3 Organización

Según la misma dicción de la Ley, la Superintendencia tiene como órganos superiores un Consejo Directivo, un Superintendente y un Vicesuperintendente⁶.

De manera general, el Consejo Directivo se concibe como el órgano a cuyo cargo se encuentra la actividad de dictar las normas generales aplicables a los bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros.

En cambio, el Superintendente tiene a su cargo hacer cumplir las normas generales dictadas por el Consejo Directivo, así como la administración y el manejo de las gestiones propias de la Superintendencia, y, también, ostenta la representación de la institución. Por su parte, el Vicesuperintendente, en los casos de ausencia del Superintendente, le sustituirá en sus atribuciones.

⁵ Artículo 169 LGBOIF “Destino y Débito de las Multas - Las multas impuestas por el Superintendente son a favor del Fisco de la República y podrán ser debitadas de la cuenta corriente que el banco o institución sancionada tenga en el Banco Central de Nicaragua. Para tales efectos el Superintendente de Bancos remitirá oficio al Banco Central para que proceda al débito y al crédito correspondiente en una cuenta especial transitoria en el mismo Banco Central.

Si el sancionado a quien se le hubiese debitado de su cuenta conforme al anterior párrafo de este artículo recurriere en contra de la resolución del Superintendente y dicho recurso prosperare, el Superintendente instruirá al Banco Central la devolución del monto de la multa impuesta, en caso contrario, y estando firme la resolución administrativa, el Superintendente instruirá la transferencia al Fisco del monto de la multa impuesta con las especificaciones y detalles correspondientes.

Tratándose de instituciones bajo supervisión de la Superintendencia de Bancos que no tuvieren cuentas de depósito en el Banco Central, el Superintendente podrá ordenar que se debite de cualquier cuenta que la institución sancionada maneje o tenga en el sistema financiero el monto de la multa respectiva y acreditarla en una cuenta transitoria en la misma institución, a la orden del Superintendente. En caso de recurso contra la resolución del Superintendente, se procederá conforme a lo establecido en el párrafo anterior en lo que fuere aplicable.”

⁶ Artículo 4 de la Ley 316

El Superintendente y el Vicesuperintendente serán electos por la Asamblea Nacional de listas enviadas por el Presidente de la República para ejercer sus funciones por el término de cinco años⁷, pudiendo ser reelectos para nuevos períodos. Ambos deberán ser mayores de treinta y cinco años de edad al momento de su elección, nacionales de Nicaragua, estar en pleno goce de sus derechos políticos y civiles, graduados universitarios, de reconocida probidad y experiencia en asuntos financieros y administrativos⁸.

Por su parte, el Consejo Directivo de la Superintendencia está integrado por el Presidente del Banco Central de Nicaragua quien lo preside, el Superintendente de Bancos y cuatro miembros con sus respectivos suplentes nombrados por el Presidente de la República en consulta con el sector privado y ratificados por la Asamblea Nacional⁹. Dichos miembros, así como sus suplentes, serán nombrados por un período tal

⁷ Art 138 Cn “Son atribuciones de la Asamblea Nacional: 8) Elegir al Superintendente y Vice Superintendente General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de listas propuestas por el Presidente de la República Elegir al Fiscal General de la República quien estará a cargo del Ministerio Público y al Fiscal General Adjunto de la República de ternas separadas propuestas por el Presidente de la República y por Diputados de la Asamblea Nacional los que serán electos por un período de cinco años contados desde su toma de posesión; deberán tener las mismas calidades que se requieren para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y gozarán de inmunidad Elegir a los miembros del Consejo Superior de la Contraloría General de la República de listas separadas, propuestas por el Presidente de la República y por Diputados de la Asamblea Nacional El plazo para presentar las listas será de quince días contados a partir de la correspondiente convocatoria para su elección Si no hubiere listas presentadas por el Presidente de la República, bastarán las propuestas por los Diputados Cada candidato debe ser electo con el voto favorable de por lo menos el sesenta por ciento de los miembros de la Asamblea Nacional

Elegir al Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos, de listas propuestas por los Diputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes; debiendo alcanzar en su elección al menos el voto favorable del sesenta por ciento de los Diputados El Procurador y Subprocurador para la Defensa de los Derechos Humanos gozan de inmunidad

Los candidatos propuestos para los cargos mencionados en los numerales 7), 8) y el presente, no deberán tener vínculos de parentesco entre sí, ni con el Presidente de la República ni con los Diputados proponentes, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad Además no deberán ser miembros de las Juntas Directivas Nacionales, Departamentales y Municipales de Partidos Políticos y, si lo fueren, deberán cesar en sus funciones partidarias al ser electos

La Asamblea Nacional, a través de Comisiones Especiales, podrá convocar audiencias con los candidatos Los candidatos deberán estar debidamente calificados para el cargo y su postulación deberá acompañarse de la documentación que se les solicitare”

⁸ Artículo 14 de la Ley 316 Reformado, primero por la Ley No 552 (La Gaceta Diario Oficial No 169, de 31 de Agosto del 2005) y, definitivamente, por la Ley No 576 (La Gaceta Diario Oficial No 58, de 22 de marzo de 2006)

⁹ Artículo 5 de la Ley 316 Reformado, primero por la Ley No 552 (La Gaceta Diario Oficial No 169, de 31 de Agosto del 2005) y, definitivamente, por la Ley No 564 (La Gaceta Diario Oficial 228, de 24 de Noviembre de 2005) Cabe destacar que esta última reforma entró a funcionar a partir del 20 de enero de 2007

que su expiración coincida con la mitad del siguiente período presidencial en Nicaragua¹⁰ y para ser nombrados deberán cumplir los mismos requisitos exigidos para desempeñar el cargo de Superintendente.

El Gerente General del Banco Central de Nicaragua será suplente del Presidente de dicha institución y en su ausencia lo sustituirá como Presidente del Consejo Directivo.

En línea similar, el Vicesuperintendente de Bancos será el suplente del Superintendente. Aquél asistirá a las reuniones del Consejo con voz pero sin voto, salvo en caso de ausencia de éste, en cuyo caso tendrá voz y voto.

En ausencia de un miembro propietario lo sustituirá su respectivo suplente. En presencia del miembro propietario, los miembros suplentes podrán asistir a las sesiones del Consejo pero sin voz y sin voto¹¹.

El Reglamento Interno del Consejo Directivo establecerá, entre otros: las causas que justifiquen las ausencias de sus miembros propietarios, los casos en que se incorporaren a los suplentes y la forma y procedimiento para hacerlos. También deberá establecer las funciones y facultades de la Secretaría del Consejo y quien ejercerá dicho cargo¹².

Por lo que atañe al quorum del Consejo, éste se formará con la presencia de cuatro de sus miembros, gozando todos ellos de facultad de iniciativa para introducir propuestas, las cuales deben ser presentadas ante la Secretaría, donde se les dará el correspondiente trámite.

Las resoluciones del Consejo se adoptarán por mayoría absoluta del total de los miembros presentes, en caso de empate su Presidente tendrá voto dirimente.

¹⁰ Artículo 31 de la Ley 316 Reformado, primero por la Ley No 552 (La Gaceta Diario Oficial No 169, de 31 de Agosto del 2005) y, definitivamente, por la Ley No 564 (La Gaceta Diario Oficial 228, de 24 de Noviembre de 2005) Al igual que en el caso anterior, esta reforma entró a funcionar a partir del 20 de enero de 2007

¹¹ Artículo 5 de la Ley 316 Reformado, primero por la Ley No 552 (La Gaceta Diario Oficial No 169, de 31 de Agosto del 2005) y, definitivamente, por la Ley No 564 (La Gaceta Diario Oficial 228, de 24 de Noviembre de 2005) Cabe destacar que esta última reforma entró a funcionar a partir del 20 de enero de 2007

¹² Artículo 7 de la Ley 316 Reformado, primero por la Ley No 552 (La Gaceta Diario Oficial No 169, de 31 de Agosto del 2005) y, definitivamente, por la Ley No 564 (La Gaceta Diario Oficial 228, de 24 de Noviembre de 2005) Una vez más, esta última reforma entró a funcionar a partir del 20 de enero de 2007

A diferencia de lo que establecía la Ley en su dicción original (que establecía que el Consejo “deberá reunirse de manera ordinaria por lo menos una vez al mes”) las reformas no prevén nada en tal sentido.

Además de los órganos ya señalados, la Superintendencia de Bancos tendrá cuatro Intendencias especializadas: la Intendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras; la Intendencia de Valores; la Intendencia de Seguros; y la Intendencia de Almacenes Generales de Depósito. No obstante, aparte de estas Intendencias, el Consejo Directivo de la Superintendencia, a solicitud del Superintendente, tendrá la facultad de autorizar la creación y organización de otras intendencias¹³.

En relación a los Intendentes, éstos serán nombrados por el Superintendente y deberán reunir los mismos requisitos exigidos para éste o para el Vicesuperintendente (Art. 9 de la Ley 316).

1.4 Recursos administrativos en contra de las resoluciones emanadas de la SIBOIF

Las reformas al artículo 20 de la Ley 316¹⁴ introducen importantes reformas en esta materia. Así, contra las resoluciones que emita el Superintendente cabrá el recurso de revisión dentro del término de diez días hábiles a partir de la fecha de notificación. Además, cabrá el recurso de apelación contra la resolución que emita el Superintendente respecto del recurso de revisión interpuesto. Este recurso se tramitará en el efecto devolutivo ante el Consejo Directivo. El término para interponer esta apelación será de cinco días hábiles a partir de la notificación.

Y es que antes de la reformas, en principio, sólo cabía el recurso de reposición dentro del término de cinco días hábiles a partir de la fecha de notificación. A no ser en el caso de las resoluciones del Superintendente que contraviniesen disposiciones legales expresas, las cuales eran apelables ante el Consejo Directivo, debiéndose tramitar dicho recurso tan solo en el efecto devolutivo. El término para interponer dicha apelación era de cinco días hábiles a partir de la notificación.

Asimismo, las reformas dejan abierta la posibilidad de que las resoluciones que se dicten en materia de intervención o liquidación

¹³ Artículo 8 de la Ley 316

¹⁴ Reformado por la Ley No 552 La Gaceta Diario Oficial No 169, del 31 de Agosto del 2005

forzosa de bancos u otras instituciones financieras, sean susceptibles de ser recurridas, ya que, anteriormente, contra las mismas no cabía ningún recurso administrativo.

En fin, en toda esta materia hay que tomar en cuenta lo dispuesto en la Resolución CD-SIBOIF-454-1-NOV28-2006 (Norma para la tramitación de recursos administrativos). Entre otras cosas, los artículos 7 y 8 de dicha norma prevén, en primer lugar, que el Superintendente, mediante resolución razonada, se pronunciará sobre el recurso de revisión dentro de un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del siguiente día hábil al de la presentación del recurso. De lo resuelto, el Superintendente notificará por escrito al recurrente en el lugar que se haya señalado al efecto; asimismo, que el Consejo Directivo, mediante resolución razonada, se pronunciará sobre el recurso de apelación dentro de un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados a partir del siguiente día hábil al de la presentación del recurso de apelación. El Consejo Directivo dentro del término antes señalado podrá dar audiencia a las partes para que aleguen lo que tengan a bien.

2. El Banco Central de Nicaragua

2.1 Nociones generales

Como la misma norma declara, en su artículo 1, la Ley Orgánica del Banco Central de Nicaragua¹⁵ tiene por objeto regular el funcionamiento del Banco Central de Nicaragua, el cual se concibe como un ente estatal regulador del sistema monetario. Así, dicha institución no es otra cosa que un Ente Descentralizado del Estado, de carácter técnico, de duración indefinida, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, respecto de aquellos actos y contratos que sean necesarios para el cumplimiento del objeto y atribuciones establecidas en dicha Ley.

De forma similar a como sucede con la SIBOIF, el Banco Central fue creado por Decreto No. 525, del 28 de Julio de 1960¹⁶, es decir, se trata de una institución que la Ley 317 sólo se limita a reglamentar pero que no crea, en tanto en cuanto ya encontraba carta de naturaleza en el Decreto 525.

¹⁵ Ley 317, del 30 de Septiembre de 1999. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 197, de 15 de Octubre de 1999.

¹⁶ Publicado en La Gaceta, Diario Oficial No. 211, del 16 de Septiembre de 1960.

El objetivo fundamental del Banco Central es la estabilidad de la moneda nacional y el normal desenvolvimiento de los pagos internos y externos. Con todo, el Banco también tiene encomendado determinar y ejecutar la política monetaria y cambiaria, en coordinación con la política económica del Gobierno, atendiendo en primer término el cumplimiento del objetivo fundamental del Banco (Arts. 3 y 4 de la Ley 317).

2.2 Funciones y atribuciones

Más allá de describir todo el elenco de funciones y atribuciones del Banco¹⁷, consignadas por el artículo 5 de la Ley 317, nos interesan especialmente, para los propósitos de nuestra asignatura, dos de dichas funciones y atribuciones. De una parte, la facultad que tiene el Banco Central de actuar como banquero de los bancos y de las demás instituciones financieras, de acuerdo con las normas dictadas por el Consejo Directivo del Banco; de otra, la potestad de realizar las operaciones que sean propias de un banco siempre que sean igualmente compatibles con la naturaleza de sus funciones y de las operaciones que está autorizado por la Ley 317. En tal carácter el Banco Central gozará de los mismos privilegios establecidos en la Ley para los bancos comerciales.

¹⁷ Artículo 5 LOBCN “Son funciones y atribuciones del Banco Central las siguientes: 1 - Determinar y ejecutar la política monetaria y cambiaria del Estado, de acuerdo con los términos del Artículo 4 de la presente Ley 2 - Ser responsable exclusivo de la emisión de moneda en el país, y de su puesta en circulación y retiro de billetes y monedas de curso legal dentro del mismo 3 - Actuar como consejero de la política económica del Gobierno, pudiendo, en ese carácter hacer conocer al Gobierno su opinión cuando lo considere necesario, y además prestarle servicios bancarios no crediticios y ser agente financiero del mismo, supeditado al cumplimiento de su objetivo fundamental 4 - Actuar como banquero de los bancos y de las demás instituciones financieras, de acuerdo con las normas dictadas por el Consejo Directivo del Banco 5 - Dictar y ejecutar la política de administración de sus reservas internacionales 6 - Asumir la representación del Estado en materia financiera, en tal carácter, celebrar y ejecutar las transacciones que se deriven de la participación de aquel en los Organismos Financieros Internacionales pertinentes El Banco Central tendrá a su cargo la participación y representación del Estado en cualquier organismo internacional que involucre relaciones propias del Banco y, consecuentemente, podrá celebrar con dichos organismos todas las operaciones que los convenios autoricen 7 - Realizar las demás operaciones que sean compatibles con su naturaleza de Banco Central, así como las que sean propias de un banco siempre que sean igualmente compatibles con la naturaleza de sus funciones y de las operaciones que está autorizado por esta Ley En tal carácter el Banco Central gozará de los mismos privilegios establecidos en la Ley para los bancos comerciales”

2.3 Organización

La Dirección Superior del Banco estará a cargo de un Consejo Directivo integrado por el Presidente del Banco (quien a su vez lo presidirá), el Ministro de Hacienda y Crédito Público, y por cuatro miembros nombrados por el Presidente de la República en consulta con el sector privado y ratificados por la Asamblea Nacional, de los cuales uno deberá pertenecer al partido o alianza de partidos que haya obtenido el segundo lugar en las últimas elecciones de autoridades supremas de la nación, de conformidad con propuesta de dicho partido o alianza. Para efecto de su nombramiento, el partido o alianza de partidos, en su caso, presentará por escrito al Presidente de la República una terna de candidatos al cargo, dentro de un período de ocho días a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley¹⁸.

El Presidente del Banco ejercerá su cargo por un período igual al del Presidente de la República, y los miembros restantes, con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, ejercerán sus cargos conforme lo establecido en el Artículo 62 de la Ley 317¹⁹, pudiendo ser reelectos por una sola vez.

El cargo de miembro del Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua, con excepción del Presidente del Banco y del Ministro de Hacienda y Crédito Público, es incompatible con cualquier otro cargo público, salvo la docencia en instituciones del Estado. Asimismo, los miembros del Consejo Directivo deben ser nicaragüenses, mayores de treinta años de edad, de reconocida corrección moral, solvencia económica y competencia profesional en materias relacionadas con el cargo que van a desempeñar (Art. 16 de la Ley 317).

De manera general, al Consejo Directivo le corresponde determinar la política monetaria y cambiaria del Estado, así como dirigir la ejecución de tal política²⁰.

¹⁸ Artículo 15 de la Ley 317

¹⁹ Artículo 62 LOBCN “Cuando corresponda hacer los nombramientos de los cuatros miembros no gubernamentales del Consejo Directivo, a que se refiere el Artículo 15 de la presente Ley, se procederá, luego de su entrada en vigencia de la siguiente manera 1 El nombramiento del miembro del Consejo que represente al partido del segundo lugar, se hará por un período tal que su expiración coincida con la terminación del actual período presidencial 2 Los nombramientos de los siguientes tres miembros se hará por un período tal que su expiración coincida con la mitad del actual período presidencial 3 En adelante el miembro, del inciso 1), será nombrado al comienzo de cada período presidencial hasta la finalización de dicho período, y los tres restantes en la mitad de cada período presidencial, hasta la mitad del siguiente período presidencial”

²⁰ Artículo 18 de la Ley 317

El Presidente del Banco Central es el funcionario ejecutivo principal del mismo, y tiene a su cargo la representación legal de la Institución, tanto en lo judicial como en lo extrajudicial, así como la administración de la entidad. Lo nombra el Presidente de la República ante quién tomará posesión. Deberá ser natural de Nicaragua, mayor de treinta años, así como de reconocida integridad moral y competencia profesional en las materias que son de la competencia de dicho cargo²¹.

El Presidente del Banco está obligado a dedicar todo su tiempo al servicio del Banco Central, y sus funciones serán incompatibles con cualquier otro cargo, con excepción de las representaciones y comisiones que tiene que desempeñar y que se relacionan con la política financiera y monetaria.

El Gerente General del Banco Central deberá ser persona de buena conducta y de reconocida competencia en materia económica y financiera y al tiempo de su nombramiento no deberá ser pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Presidente de la República, del Ministro de Hacienda y Crédito Público, ni de los miembros del Consejo Directivo (Art. 27 de la Ley 317)²².

Por otro lado, las funciones de inspección y fiscalización de las operaciones y de las cuentas del Banco Central estarán a cargo de un Auditor Interno, que será nombrado por el Consejo Directivo del Banco, ante el cual responderá. Éste debe ser mayor de treinta años de edad, contador público autorizado y de reconocida competencia y honorabilidad. Además, el Auditor Interno del Banco actuará con independencia en el desempeño de sus labores y mantendrá informado al Consejo Directivo del Banco del desarrollo de sus funciones de control²³.

²¹ Artículo 25 de la Ley 317

²² Por disposición expresa del Artículo 28 de la Ley 317, al Gerente General corresponden, entre otras atribuciones “1 Dictar, en consulta con el Presidente, las normas o instrucciones que estimare convenientes para la eficiente administración de los negocios del Banco 2 Proponer al Presidente del Banco los nombramientos, asignaciones, traslados, suspensiones y remociones de los funcionarios y empleados del Banco 3 Ejercer por delegación del Presidente del Banco, la representación legal de la institución en sus operaciones y asuntos corrientes, y en uso de tal delegación, autorizar con su firma los actos y contratos que celebre el Banco y otros documentos según lo determinen las leyes, los reglamentos del Banco y las resoluciones de su Consejo Directivo 4 Informar al Presidente sobre los asuntos a él encomendados y preparar los que deban someterse a la consideración del Consejo Directivo 5 Sugerir al Presidente del Banco, las modificaciones aconsejables en la organización y funcionamiento del Banco 6 Sustituir al Presidente del Banco, en sus ausencias o impedimentos temporales, como funcionario ejecutivo principal, como miembro del Consejo Directivo y en las representaciones y comisiones que desempeñe en razón de su cargo”

²³ Artículo 29 de la Ley 317

2.4 El encaje legal

Dentro del gran complejo de operaciones que celebra el Banco Central con los bancos y demás instituciones financieras (buena parte de las cuales hemos comentado líneas arriba), sobresale el denominado encaje legal.

Así, el artículo 45 de la Ley 317 establece que “el Banco Central podrá fijar encajes bancarios mínimos, consistentes en cierto porcentaje de los depósitos y otras obligaciones con el público que tuvieren a su cargo los bancos y entidades financieras. Estos encajes podrán ser en dinero efectivo o en valores del Banco Central, en la forma que determine su Consejo Directivo”. Además, el Banco Central está facultado para reconocer intereses sobre el monto de los encajes que excedan del límite que fije su Consejo Directivo.

Dada la especial importancia del encaje legal, las sumas que lo conforman gozan del privilegio de inembargabilidad y no están sujetas a retención ni restricción alguna. Y es que el encaje legal permite a las instituciones financieras atender con cierto margen de seguridad las necesidades de liquidez que pueden presentarse en un momento determinado, provenientes de las demandas de fondos de sus depositantes.

La responsabilidad de vigilar el cumplimiento del encaje legal vigente recae en la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras²⁴, en tal sentido el encaje legal se calculará para cada institución financiera en base al promedio aritmético del total de sus depósitos y obligaciones con el público de la semana inmediatamente anterior.

En caso de incumplimiento del encaje por cuatro semanas a lo largo de un período de un trimestre calendario y por el tiempo en que se mantenga la deficiencia, el Superintendente de Bancos aplicará una multa, la cual consistirá en un porcentaje del déficit de dicho encaje, igual a la tasa de interés más alta que cobren los bancos comerciales para las operaciones de crédito a corto plazo, más un uno por ciento (1%). Conjuntamente con esta multa, y mientras dure la deficiencia de encaje, el Superintendente de Bancos podrá prohibir al banco de que se trate, efectuar nuevos préstamos e inversiones²⁵.

²⁴ Art 19 LSIBOIF “Corresponde al Superintendente 15 Verificar el cumplimiento del encaje legal En caso de incumplimiento, el Superintendente de Bancos aplicará una multa, conforme lo establecido en el artículo 46 de la Ley Orgánica del Banco Central”

²⁵ Artículo 46 de la Ley 317

Por su parte, la dicción original del inciso 1 del acápite 1.1, del Capítulo 1 (“Encajes Legales”), Título III (“Normas Monetarias”), de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua²⁶ estableció, de manera temporal durante un período de seis meses contados a partir del uno de agosto del 2001, y de forma adicional a la tasa de encaje legal del 16.25 % (establecida mediante Resolución CD-BCN-XII-1-99), una tasa de encaje legal marginal sobre todos los depósitos y otras obligaciones con el público, a cargo de los bancos y entidades financieras en la última semana de julio del 2001, tanto en moneda nacional como extranjera.

Esta tasa de encaje legal marginal se fijó, originalmente, en un 2% hasta el 31 de agosto del 2001, y en un 3% a partir del 1 de septiembre del mismo año²⁷, e incluso se facultó a la Administración del Banco Central para incrementar este porcentaje hasta en tres puntos adicionales, en caso de que dicho incremento fuere necesario para cumplir con el programa monetario, aunque, eso sí, con previo informe al Consejo Directivo. Cabe destacar que este encaje legal podía ser constituido mediante la adquisición de Títulos Especiales de Liquidez (TEL) emitidos por el Banco Central, a un plazo de seis meses, y con una tasa de rendimiento anual inicial del 12.2 % en moneda nacional, con mantenimiento de valor, y del 8.86 % en moneda extranjera^{28 29}.

²⁶ La ordenación en Acápites, Capítulos y Títulos fue realizada a través de la compilación de “Normas Financieras” aprobadas por el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua

²⁷ Es más, a través de la Resolución CD-BCN-IV-2-02, del treinta de enero de 2002, se renovó “por un periodo de nueve (9) meses contados a partir del uno de febrero de 2002, revisable en julio del corriente año, la tasa de encaje legal marginal del 3% adicional a la tasa del 16 25% ”

²⁸ Dichas tasas de interés eran variables, ajustándose mensualmente de acuerdo con la tasa ponderada de los depósitos del público en los bancos y entidades financieras del país, del mes inmediatamente anterior. Los intereses, y el mantenimiento de valor, en su caso, se pagarían, en un primer momento, el último día hábil de cada mes, aunque luego se decidió que éstos se pagarían de forma semanal. En fin, los “TEL”, originalmente, podían ser redimidos anticipadamente, en caso de que se presentaran circunstancias justificadas, a juicio de la Administración del BCN; sin embargo, posteriormente se decidió eliminar dicha facultad

²⁹ Es importante no perder de vista que la facultad de emitir los Títulos Especiales de Liquidez (TEL) debe estudiarse muy de cerca con lo dispuesto por la Resolución CD-BCN-VII-1-94, del 7 de abril de 1994, y que se encuentra recogida hoy en día bajo los acápites 1 2, 1 3, 1 4 y 1 5 del Capítulo 1 (“Encajes Legales”), Título III (“Normas Monetarias”), de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua

Dada su importancia, nos parece muy oportuno reproducir aquí lo señalado por los acápites 1 2 y 1 3

1 2 “Se autoriza al Presidente del BCN a emitir Títulos valores especiales acreditativos de encaje (TVE), tanto en moneda nacional con mantenimiento de valor como en moneda extranjera, para ser colocados en los Bancos del Sistema Financiero; tales Títulos especialmente emitidos para estos efectos podrán ser afectados en cumplimiento del encaje legal requerido. La emisión de TVE será informada a los bancos oportunamente para su decisión de inversión”

1 3 “El Presidente del BCN fijará al momento de su emisión, la tasa de interés que devengarán los Títulos valores de encaje, así como sus plazos”

En fecha posterior, la Resolución CD-BCN-XXXII-2-02, del veinticinco de octubre de 2002, prorrogó, una vez más, la exigencia del encaje legal marginal, aunque esta vez se estableció un calendario de reducción paulatina de la tasa del mismo. De tal suerte que, si en el período que iba del uno de noviembre de 2002 al treinta de junio de 2003 la tasa era del 3%, ya en el período comprendido entre el uno de noviembre y el treinta de noviembre de 2003 dicha tasa se había reducido hasta medio punto porcentual (0.5 %).

En junio de 2006, a través de la Resolución CD-BCN-XXII-2-06, el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua resolvió incrementar, de forma temporal³⁰, la tasa de encaje legal de los bancos del sistema financiero nacional en tres puntos porcentuales, de forma que ésta pasó del 16.25 a 19.25 por ciento. Se justificó dicha medida alegando que se trataba de “una medida compensatoria para contribuir a neutralizar expansiones de liquidez, proteger las reservas internacionales, atenuar la inflación provocada por los elevados precios de los hidrocarburos y revertir expectativas de inflación”³¹.

No obstante, a partir del 15 octubre del año 2007, la tasa de encaje es de 16.25 %, de conformidad con la Resolución CD-BCN-XL-01-07, aprobada en la sesión del día 8 de octubre del año 2007.

³⁰ En tal sentido la Resolución establece que “El incremento en la tasa de encaje tendrá carácter temporal, será efectivo a partir del lunes 26 de junio de 2006 por un período de ocho meses y se aplicará tanto para las obligaciones en moneda nacional como en moneda extranjera que tengan con el público los bancos comerciales y sociedades financieras”

³¹ Llama poderosamente la atención que esta nueva tasa de encaje legal tiene una particular regulación, de la cual reproducimos aquí algunas disposiciones

“2 El encaje adicional de 3 puntos porcentuales, respecto a la tasa de encaje vigente antes del 26 de junio 2006, deberá estar constituido en efectivo en la respectiva cuenta corriente que cada institución financiera maneja en el BCN”

3 Este encaje adicional de 3 puntos porcentuales será remunerado conforme al siguiente procedimiento

i El encaje requerido por estos puntos adicionales será calculado con base en el promedio de las obligaciones sujetas a encaje legal de la semana inmediata anterior

ii La tasa de interés a reconocerse, para el encaje adicional en moneda nacional y moneda extranjera, será la tasa promedio ponderada que devengaron las reservas internacionales del Banco Central en el mes anterior al que se esté aplicando el encaje remunerado

iii El pago de los intereses sobre el encaje adicional estará condicionado a que las instituciones financieras cumplan con la tasa de encaje legal, en ambas monedas en forma simultánea, todos los días hábiles utilizados para la medición del cumplimiento del encaje promedio semanal

iv La remuneración del encaje se aplicará solamente al encaje adicional

v El pago de los intereses se hará en las respectivas cuentas corrientes de las instituciones financieras en el BCN en el transcurso de los primeros cinco días hábiles para el BCN del mes siguiente

vi Para el caso del encaje legal en moneda nacional no habrá reconocimiento de mantenimiento de valor”

Con todo, hoy en día el Banco Central publica de forma periódica una “tasa de encaje efectiva”, tanto en moneda nacional como en moneda extranjera. Así, a manera de ejemplo, la tasa de encaje efectiva se había fijado, para la primera semana de enero del año dos mil ocho, en un 23.67 y un 18.27 por ciento, en moneda nacional y en moneda extranjera, respectivamente.

3. Supervisión e intervención de las entidades de crédito

Como ya hemos mencionado líneas arriba, es a la Superintendencia de Bancos a la que le corresponde ejercitar la supervisión e inspección de las instituciones financieras, todo ello con la intención de controlar el cumplimiento de las obligaciones que se imponen a dichas instituciones y su situación económica, patrimonial y financiera, lo que, obviamente, redundará en la adopción de las medidas pertinentes, bien para reforzar su solvencia y trayectoria, bien para sancionar los incumplimientos que llevan a cabo³².

3.1 Inspección

Al tenor de lo establecido en el artículo 86 de la Ley General de Bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros, las inspecciones que efectúe a los bancos el Superintendente de Bancos en el ejercicio de sus atribuciones podrán ser generales o parciales. Las inspecciones generales podrán extenderse sobre todos los negocios y operaciones del banco inspeccionado, mientras que las parciales comprenderán solamente una determinada clase de negocios u operaciones. En cualquier caso, el Superintendente de Bancos podrá realizar en sus inspecciones el examen de todos los libros y archivos del banco.

El resultado de las inspecciones generales será informado por escrito a la Junta Directiva y al Gerente General o Principal Funcionario de los bancos inspeccionados. El resultado de las inspecciones parciales deberá ser informado al Gerente General o a la Junta Directiva según lo determine el Superintendente³³.

Como resultado de la inspección el Superintendente podrá ordenar que la institución financiera aplique, ya medidas preventivas, ya un plan de

³² En sentido similar CORTÉS, “El Mercado del Crédito”, cit , pág 494

³³ Artículo 87 de la Ley 561

normalización, o bien proceder a la intervención o liquidación forzosa de dicha institución.

3.2 Medidas preventivas

a) Noción

El Superintendente de Bancos, con base en el conocimiento que obtenga sobre la situación de un banco, bien mediante inspecciones, bien por el análisis de la documentación e información de que disponga podrá ordenar, sin perjuicio de las sanciones que correspondan, una serie de medidas preventivas, cuando dicho banco incurra en alguna de las situaciones que represente peligro para sus depositantes y acreedores, o que comprometan su liquidez y solvencia, siempre y cuando tal situación no amerite el establecimiento de planes de normalización o las medidas de intervención o liquidación del banco.

b) Situaciones que ocasionan la aplicación de medidas preventivas

La Ley 561 establece un rico catálogo de situaciones que marcan la pauta para la aplicación de medidas preventivas, entre otras:

1. Déficit de encaje u otros indicadores que constituyan manifestaciones de iliquidez, o que comprometan el pago de sus obligaciones. 2. Pérdidas de capital actuales o inminentes. 3. Irregularidades de tipo administrativo y gerencial o en la conducción de sus negocios. 4. Mantenimiento del capital por debajo del capital requerido de conformidad con esta Ley. 5. Infracciones a las leyes, regulaciones y demás normas aplicables a sus actividades, así como a las instrucciones y resoluciones del Superintendente. 6. Cualquier otro hecho relevante detectado por el Superintendente que represente peligro para sus depositantes y acreedores, o que comprometa su liquidez y solvencia en un grado tal que no amerite el establecimiento de planes de normalización o las medidas de intervención o liquidación del banco (Art. 88.1 de la Ley 561).

c) Tipología de medidas preventivas

Así, en presencia de cualquiera de las situaciones antes descritas, el Superintendente, de acuerdo con las características y circunstancias del caso particular, puede adoptar cualquiera de las medidas siguientes:

1. Amonestación. 2. Prohibición de otorgar nuevos créditos y realizar otras operaciones. 3. Suspensión de operaciones específicas u orden de cesar o desistir de las operaciones que se estén llevando a cabo y que el Superintendente considere como inseguras. 4. Prohibición de decretar y distribuir utilidades. 5. Ordenes de restitución de pérdidas de capital o de adecuación de capital. 6. Prohibición de abrir nuevas oficinas o sucursales. 7. Inversión obligatoria de las nuevas captaciones en valores del Banco Central o en otros títulos previamente designados por el Superintendente. 8. Requerir aumentos de capital. Para tales efectos, el Superintendente ordenará a quien corresponda para que en el plazo que él determine, convoque a una asamblea extraordinaria de accionistas. En caso contrario, el Superintendente hará la convocatoria. 9. Designación de un funcionario de la Superintendencia para asistir a las sesiones de la Junta Directiva, Comités de Crédito y cualquier otra instancia resolutive. 10. Ordenar al banco la capitalización inmediata de la deuda subordinada, o en su defecto, la suspensión del pago de intereses sobre dicha deuda mientras subsistan las circunstancias que dieron origen a la orden. Para tales efectos, los contratos de deuda subordinada para ser considerados como capital secundario deberán incorporar una cláusula que autorice al Superintendente a ejecutar lo antes expresado. 11. Las demás que sean necesarias, de conformidad con la Ley y regulaciones aplicables, para subsanar la situación anómala detectada por el Superintendente³⁴.

3.3 Planes de normalización

a) Noción

Según las voces del artículo 89 de la Ley 561, en determinadas circunstancias, el Superintendente de Bancos podrá ordenar a la institución financiera de que se trate la presentación de un Plan de Normalización encaminado a subsanar la situación dentro de un plazo que no excederá de noventa días, mismo que podrá ser prorrogado por el Superintendente de Bancos, previa opinión favorable del Consejo Directivo de la Superintendencia, mediante resolución fundada que lo justifique, por un plazo estrictamente necesario para finalizar el cumplimiento del plan y que en ningún caso será superior a otros noventa días.

³⁴ Artículo 88 LGBIOF in fine

b) Situaciones que conllevan a la aplicación de un Plan de Normalización

Según el precepto antes aludido, las circunstancias en las que procederá dicho Plan de Normalización son las siguientes:

1. Si la institución incumpliere su relación de capital requerido por un lapso superior a dos meses consecutivos, por montos que no ameriten su intervención o liquidación de conformidad con la presente ley. 2. Si la institución presentare a la Superintendencia alguna información que deliberadamente no sea veraz o contenga datos falsos, sin perjuicio de las sanciones que el Superintendente pueda aplicar a sus autores y sus supervisores, incluida la remoción de los autores y del personal de gerencia que resultare responsable. 3. Si la institución incumpliere en el pago de sus obligaciones con el FOGADE, o con las obligaciones crediticias asumidas con el Banco Central de Nicaragua. 4. Si la institución incumpliere por tres veces consecutivas o seis veces no consecutivas durante un año, disposiciones legales que le son aplicable o normas o instrucciones emanadas de la Superintendencia, sobre un mismo asunto. 5. Si las relaciones de la institución con otros miembros de su grupo financiero, la hacen susceptible de sufrir perjuicios en su situación financiera. 6. Si la Superintendencia determina por cualquier medio que la institución ha incurrido en prácticas bancarias inadecuadas en el manejo de riesgos significativos de cualquier naturaleza que ponen en peligro su situación financiera, incluida la deficiencia en las provisiones para tales riesgos o en la valuación de los activos. 7. Si los auditores externos de la institución se abstienen de emitir opinión sobre sus estados financieros o tal opinión es negativa, o cuando la institución omita la publicación del dictamen de auditoria externa. 8. Cualquier otro hecho relevante detectado por el Superintendente que represente peligro para los depositantes y acreedores de la institución, o que comprometa su liquidez y solvencia en un grado tal que no amerite las medidas de intervención o liquidación de la institución.

c) Procedimiento para la aprobación del Plan de Normalización

El Plan de Normalización en cuestión deberá ser presentado por el Gerente General o por el principal ejecutivo de la institución, a consideración del Superintendente, en un término no mayor de 15 días, contado a partir de la fecha de la notificación de la decisión ordenando su presentación. El Superintendente podrá prorrogar hasta por 7 días más el término establecido, cuando medie pedimento fundado de la

institución respectiva. En ambos casos, la falta de presentación del plan será causal de intervención de la institución financiera. Por su parte, el Superintendente dispondrá de un plazo no mayor de 15 días para impartir su aprobación al plan con las modificaciones que juzgue necesario incorporar³⁵.

Una vez aprobado un Plan de Normalización por el Superintendente y notificada la institución de esta decisión, el mismo será de obligatorio cumplimiento para ésta. La responsabilidad en la ejecución del Plan de Normalización recaerá en la Junta Directiva de la institución. Ahora bien, una vez aprobado un plan de normalización, el Superintendente tendrá, todavía, facultad podrá modificarlo o dejarlo sin efecto, según las circunstancias en cada caso³⁶.

d) Medidas del Plan de Normalización

El artículo 91 de la Ley 561 prevé que el Plan de Normalización pueda incluir, según el caso, alguna o todas las disposiciones establecidas para el caso de las “medidas preventivas”. A la vez que podrá incluir una o todas las medidas subsiguientes:

1. Capitalización de reservas o utilidades.
2. Contratación de créditos subordinados.
3. Reestructuración y negociación de pasivos y activos.
4. Absorción de pérdidas contra cuentas patrimoniales.
5. Reducción de gastos administrativos.
6. Cierre de oficinas, agencias o sucursales.
7. Compromiso de no celebrar nuevos contratos de servicios, o renovación de los existentes.
8. Venta o fusión de la institución, previa aprobación del Superintendente.
9. Cuando la institución sea miembro de un grupo financiero: venta o liquidación de cualquiera de sus subsidiarias si el Superintendente determina que una de sus subsidiarias está en peligro de quedar insolvente y además presenta un riesgo significativo a la institución, o es probable que cause una reducción significativa en los activos o a las ganancias de la misma.
10. Remoción de administradores, directores, asesores y otros funcionarios.
11. Designación de funcionarios delegados del Superintendente, con facultades para verificar el plan, así como vetar y revocar las operaciones que lo contravengan.
12. Cuando el Plan haya sido exigido por insuficiencia patrimonial y contemple aportes diferidos de capital a lo largo del período de ejecución del

³⁵ Artículo 90 1 y 2 de la Ley 561

³⁶ Artículo 90 3 y 4 de la Ley 561

Plan, el Superintendente evaluará la viabilidad de la realización de tales aportes y, exigirá la presentación de garantías reales y/o personales de los accionistas de la institución a fin de asegurar el fiel cumplimiento del Plan de Normalización. El Consejo Directivo de la Superintendencia mediante norma general establecerá el procedimiento para calcular el monto, las condiciones de esta garantía, así como lo referente a su ejecución. 13. Cualquier otra medida que, a juicio del Superintendente, bien de oficio o a propuesta de la Junta Directiva de la institución, sea necesaria para corregir la situación que motiva el Plan de Normalización.

Asimismo, el Plan de Normalización establecerá las metas y parámetros a tener en cuenta para verificar el adecuado cumplimiento de las medidas establecidas, especificando aquéllas que deben alcanzarse gradualmente durante la ejecución del plan. El plan contendrá un compromiso de información constante por parte de los órganos de control interno de la institución a la Superintendencia acerca de la evolución de la institución y la ejecución del plan, incluyendo sus pronunciamientos sobre el estado de las causas que motivaron dicho plan.

Por lo que atañe a la ejecución y conclusión del Plan de Normalización, habrá que estar a lo señalado en el artículo 92 de la Ley 561³⁷.

³⁷ Artículo 92 LGBOIF: “Mientras dure la ejecución del Plan de Normalización, el Superintendente podrá establecer un régimen excepcional para el cumplimiento de ciertos límites prudenciales por la respectiva institución, siempre que al final del plazo del plan o su prórroga dicho cumplimiento se encuentre totalmente restablecido. Salvo lo previsto en este artículo, el Superintendente no podrá establecer tratamiento excepcional para el cumplimiento de límites prudenciales por parte de ninguna institución financiera

Las operaciones que sean vetadas o revocadas de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo anterior, no originarán responsabilidades para el Superintendente ni sus funcionarios delegados. Dichos vetos o reversiones serán obligatorios y su falta de ejecución se considerará causal de incumplimiento del Plan de Normalización a los efectos previstos en la presente Ley y la Ley del Sistema de Garantía de Depósitos

Si durante la ejecución del Plan de Normalización, surgieren otras situaciones de las indicadas en el artículo 88 de la presente Ley, se efectuarán los ajustes al plan pero en ningún caso su cumplimiento excederá de los plazos previstos en dicho artículo contados desde la fecha de aprobación del plan original por la Superintendencia

Cuando la Superintendencia exija el otorgamiento de las garantías a que se refiere el numeral 12 del artículo anterior a fin de asegurar el cumplimiento del Plan de Normalización, no podrá ofrecerse en garantía la pignoración de las acciones de la institución. En caso de incumplimiento del plan, la Superintendencia ejecutará las garantías aplicando el importe ejecutado a cubrir las deficiencias patrimoniales de la institución

Cuando se trate de un Plan de Normalización para la sucursal de una institución financiera extranjera, la Superintendencia lo comunicará a la casa matriz, la cual deberá subsanar cualquier deficiencia patrimonial que presente dicha sucursal y contribuir en lo que le corresponda al cumplimiento de las demás medidas, estipuladas en el plan

3.4 Intervención y liquidación

La particular naturaleza de la actividad crediticia y la acusada sensibilidad de su balance, con una notable influencia de recursos de terceros, determina que los regímenes concursales (quiebra o suspensión de pagos) que, en teoría, pueden aplicarse a las instituciones financieras, impliquen graves pérdidas de valor para aquellas que resulten afectadas, e incluso para el sistema financiero en general³⁸.

De tal modo que, se ha instaurado un sistema paraconcursal, o, mejor, unos mecanismos de “intervención” y “liquidación forzosa” particularmente desarrollados, que tratan de impedir la producción misma de las situaciones concursales y, por ende, de sus consecuencias más negativas. Dichos mecanismos se articulan, al menos en nuestro medio, a través de la actuación del “Sistema de Garantía de Depósitos” (en especial con la intervención del Fondo de Garantía de Depósitos y de la Unidad de Gestión y Liquidación de Activos), junto con la adopción de otras medidas complementarias por parte de la SIBOIF³⁹.

Así, es necesario distinguir dos tipos de procedimientos de liquidación forzosa, según se trate de una entidad miembro del Sistema de Garantía de Depósitos o, por otra parte, de una entidad que no sea miembro de tal Sistema.

3.4.1 Intervención y liquidación de las entidades miembros del Sistema de Garantía de Depósitos

a) Resolución de intervención. Causales

Por lo que hace a las entidades miembros del Sistema de Garantía de Depósitos, el Superintendente de Bancos, sin perjuicio de las sanciones que correspondan, está facultado para decretar la resolución de intervención de las entidades que son miembros del Sistema de

La Superintendencia dará por concluido el proceso de normalización mediante resolución fundada tan pronto como hayan desaparecido las causales que dieron origen al Plan de Normalización o cuando la institución incumpliere dicho plan o cuando existan razones suficientes para indicar que no es posible su cumplimiento dentro del plazo y en la forma allí prevista, o si se producen las causales que dan origen a la intervención o liquidación forzosa de la institución”

³⁸ CORTÉS, “El Mercado del Crédito” cit , pág 494

³⁹ Cfr CORTÉS, op cit , ibidem

Garantía de Depósitos^{40 41}. De tal suerte que, por ministerio de la ley, el Fondo de Garantía de Depósitos (FOGADE), desempeñará el cargo de interventor y, en consecuencia, la resolución de intervención debe ser notificada al FOGADE, quien tendrá las obligaciones y facultades establecidas en su Ley creadora⁴².

Ahora bien, el Superintendente de Bancos dictará la resolución de intervención siempre que hubieren ocurrido una o varias de las circunstancias siguientes:

1. Estar en situación de cesación de pagos por incumplimiento de obligaciones liquidas, vencidas y exigibles; o que se presentaren indicios de un inminente estado de suspensión de pagos. 2. Si la entidad no presentare un Plan de Normalización. 3. Cuando mantenga un nivel de capital requerido por debajo del 50% de lo exigido. 4. En los casos indicados en el artículo 166 de la Ley 561⁴³, o cuando estando vigente la ejecución de un Plan de Normalización se evidencien situaciones graves que revelan la imposibilidad de lograr la recuperación de la entidad. 5. Si la entidad persistiere en infringir las disposiciones de la Ley, las de su escritura de constitución social o de sus propios estatutos o reglamentos, las que dictare el Consejo Directivo del Banco Central o

⁴⁰ Conviene recordar aquí lo previsto por el Artículo 21 de la Ley 316, el cual establece que “El Superintendente deberá requerir la opinión del Consejo Directivo en materia de intervención o liquidación forzosa de bancos u otras instituciones financieras, la cual deberá ser emitida en un término no mayor de 24 horas luego de ser formalmente solicitada por el Superintendente. Transcurrido este término el Superintendente, procederá con o sin la opinión del Consejo Directivo”

⁴¹ Artículo 4 de la Ley 551 “Son parte del Sistema de Garantía de Depósitos, todas las instituciones financieras que están autorizadas para operar por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, que capten recursos financieros del público bajo la figura del depósito en el territorio Nacional, incluyendo las sucursales de bancos extranjeros”

⁴² Artículo 93 de la Ley 561

⁴³ Art 166 LGBOIF “Si un banco que hubiese cometido infracciones a esta Ley, o se le hubiese impuesto multas reiteradas, se mostrase reticente para cumplir las órdenes impartidas por el Superintendente, realizase operaciones que fomenten actos ilícitos o hubiese ejecutado cualquier hecho grave que haga temer por su estabilidad, el Superintendente, por resolución, removerá a los miembros del directorio y al representante legal que resulten responsables y requerirá inmediatamente al órgano competente para que realice la o las designaciones que fuesen del caso. Si en el término de tres días contados a partir del indicado requerimiento no se convoca al organismo competente para la designación de los funcionarios removidos, el Superintendente procederá a convocarlo.

El Superintendente podrá dictar la Intervención, o solicitar la declaración de liquidación forzosa del banco o de la institución financiera no bancaria de que se trate, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 que antecede, en los siguientes casos: 1. Si el órgano competente no se reúne o no tomase los acuerdos correspondientes, en un plazo de diez días, contados a partir de la fecha en la que dispuso las referidas remociones; 2. Si transcurrido un plazo de treinta días contados desde la misma fecha indicada en el literal precedente, no hubiese modificado la situación que dio lugar a la adopción de la correspondiente medida de remoción”

el Consejo Directivo de la Superintendencia, así como las instrucciones y resoluciones del Superintendente; o si persistiere en administrar sus negocios en forma no autorizada por la Ley. 6. Si la entidad incurriere en déficit de encaje por más de un trimestre⁴⁴.

La resolución por la cual la Superintendencia disponga la intervención indicará las causales que justifiquen tal medida. Además, dicha resolución se notificará al Presidente del FOGADE y al gerente general o principal ejecutivo de la entidad intervenida, y se publicará en un diario de circulación nacional y en La Gaceta, Diario Oficial, tan pronto como sea posible. Si dichos funcionarios de la entidad intervenida rehusaren acusar recibo de la notificación, o no se pudiese practicar la misma en forma personal por cualquier motivo, el Superintendente dejará el documento contentivo de la notificación en la oficina principal de la entidad, pudiendo entregarlo a cualquier otro funcionario de la entidad o dejarlo adherido en algún lugar visible de ésta. De todo lo actuado el Superintendente deberá levantar y suscribir un acta. A partir del momento de que sea notificada la resolución de intervención, el banco permanecerá cerrado en lo que respecta a sus operaciones normales con el público⁴⁵.

La resolución de intervención adoptada por el Superintendente es de orden público. En virtud de tal carácter, cualquier recurso ordinario o extraordinario que se interponga contra la referida resolución, no suspenderá su ejecución. Si habiéndose ejecutado tales actos, se determinare mediante decisión judicial firme su improcedencia legal, el actor tendrá exclusivamente derecho al resarcimiento por parte del Estado de los daños y perjuicios ocasionados por dicho acto⁴⁶.

En principio sólo el Superintendente de Bancos, con exclusión de cualquier otra autoridad administrativa o judicial, tendrá la facultad para declarar la intervención de las entidades bajo su supervisión. No obstante, la declaración de intervención también procederá en el caso previsto en el numeral 13 del Artículo 10 de la Ley de la Superintendencia⁴⁷, en el cual el Consejo Directivo podrá declararla⁴⁸.

⁴⁴ Artículo 93 LGBIOF

⁴⁵ Artículo 93 LGBIOF

⁴⁶ Idem

⁴⁷ Art 10 de la Ley 316. "Corresponde al Consejo Directivo de la Superintendencia . 13) Ordenar la intervención de cualquier entidad sometida a la Vigilancia de la Superintendencia o solicitar la disolución o liquidación de ésta según corresponda, en el caso en que habiendo incurrido dicha entidad en una de las causales que harían obligatorio para la Superintendencia dichas medidas, éste se haya negado a ejecutarla cuando el Consejo se lo haya formalmente solicitado En este caso específico, el Consejo conocerá directamente y en única instancia de los recursos que los interesados puedan interponer contra su decisión, y así se agotará la vía administrativa" Artículo reformado así por la Ley No 552 La Gaceta Diario Oficial No 169, del 31 de Agosto del 2005

⁴⁸ Artículo 93, in fine, LGBIOF

b) Procedimiento de intervención

Por lo que hace al procedimiento de intervención y liquidación de las entidades miembros del Sistema de Garantía de Depósitos se regirá por lo indicado en los artículos 35 y siguientes de la Ley 551, del Sistema de Garantía de Depósitos (LSGD)⁴⁹.

Lo primero que vale la pena comentar es que corresponderá al FOGADE ejercer las funciones de interventor, de modo que éste tendrá las obligaciones y facultades inherentes al cargo⁵⁰.

En esa misma línea, corresponderá al Presidente del FOGADE la representación legal de la entidad intervenida, y como tal asumirá por sí la total dirección y administración de los negocios de dicha entidad. En virtud de lo anterior, dicho funcionario, por ministerio de ley, sustituye a la junta general de accionistas, a la junta directiva y a los demás órganos e instancias administrativas de la entidad intervenida, y en tal sentido está plenamente facultado para ejercitar los derechos y funciones establecidos en la Ley del Sistema de Garantía de Depósitos, la Ley General de Bancos y aquellas que le son propias conforme a la Ley común⁵¹.

El FOGADE deberá, dentro de un plazo no mayor de treinta días, contados a partir de la fecha de la correspondiente resolución de intervención, realizar el procedimiento de restitución de depósitos y las demás actividades indicadas en los artículos 39, 40 y 41 de la Ley 551. Además, el interventor, dentro del plazo señalado, podrá acordar la reducción de personal y demás gastos de la entidad intervenida. Igualmente, podrá disponer de cualquier clase de activos de la misma con el fin de resguardar los intereses del público. Obviamente, los gastos que se causen con motivo de la intervención correrán por cuenta de la entidad intervenida⁵².

⁴⁹ La Gaceta Diario Oficial 168, del 30 de agosto de 2005. Hay que recordar que la Ley 551 fue reformada por la Ley 563, de Reforma a la Ley 551 (La Gaceta Diario Oficial No. 229 del 25 de Noviembre del 2005).

⁵⁰ Artículo 35 in fine de la Ley 551.

⁵¹ Artículo 36 de la Ley 551.

⁵² Parte final del artículo 36 de la Ley 551.

Conviene comentar aquí que el Art. 37 de la Ley 551 ordena que “Los activos de las Entidades Financieras intervenidas no están sujetos a embargos, secuestros ni retenciones o restricciones de ningún tipo. De igual manera, no se tramitará durante el período de intervención ninguna ejecución de sentencia en contra de los activos de la misma.

Cualquier embargo, secuestro o retención, bien sea preventivo o por ejecución de sentencia, así como cualquier anotación preventiva que afecte los activos de una entidad intervenida, antes, durante o después del período de intervención, quedarán suspensos en sus efectos conforme a la ley hasta que finalice el proceso de intervención.

Dictada la resolución de intervención, el FOGADE procederá de inmediato, y sin necesidad de ningún otro trámite, a emprender el procedimiento de Restitución de Depósitos, con el objeto de satisfacer la garantía de depósitos con cargo, en primer término, a los activos que presente el Balance de la entidad afectada y, en su defecto, con cargo a los recursos del Sistema de Garantía de Depósitos⁵³. De hecho, siempre que así lo permitan los activos del Banco, el procedimiento de restitución beneficiará a los mayores saldos de los “depósitos cubiertos y no excluidos”, incrementando el monto a ser restituido, distribuyendo los recursos disponibles de manera uniforme entre los depositantes que aún tengan saldos pendientes de restitución⁵⁴.

Así, el FOGADE abrirá de inmediato en el Banco Central las cuentas de restitución que sean necesarias, con recursos del Sistema de Garantía de Depósitos, con el objeto de realizar los pagos que deban efectuarse como consecuencia del procedimiento de restitución, e iniciará la contabilidad separada del mismo.

Las actuaciones llevadas a cabo en razón de este procedimiento no podrán retrotraerse, quedando firmes las actuaciones realizadas. De igual forma, no es posible intentar ninguna medida judicial o administrativa, ordinaria o extraordinaria, que pretenda la paralización

⁵³ A efectos del correcto estudio del procedimiento de restitución conviene revisar los siguientes preceptos

Artículo 39 de la Ley 551 “Contratación de personas o empresas especializadas La ejecución material de los procedimientos de Restitución podrá llevarse a cabo mediante contratación de personas naturales expertas o empresas especializadas, nicaragüenses o extranjeras

El régimen jurídico de estos contratos se regirá por lo dispuesto en el artículo siguiente Los costos de estos contratos serán cargados a las cuentas de Restitución”

Artículo 40 de la Ley 551 “Régimen jurídico de los contratos El Consejo Directivo del FOGADE establecerá, mediante resolución general, un modelo o tipo de contrato El FOGADE procederá a contratar estas empresas o personas, por un procedimiento de selección directa en plazos perentorios, por lo que no estará sujeto a los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado Todas las ofertas deben proceder de contratistas previamente incluidos en el registro a que hace referencia el párrafo siguiente Los contratistas invitados al procedimiento de selección, hayan sido seleccionados o no, deberán guardar sigilo las informaciones de que conozcan con objeto de presentar su oferta, hasta la terminación del procedimiento de Restitución

A efectos de facilitar la rápida selección de contratistas, el FOGADE organizará un registro de contratistas con arreglos a los principios de publicidad y libre concurrencia, de entre aquellos en quienes concurren circunstancias objetivas que permitan clasificarlos con aptitud técnica y profesional para el desempeño de dichas tareas, conforme los términos de referencia aprobados por el Consejo Directivo del FOGADE

Los procedimientos de Restitución y los contratos para su ejecución estarán sometidos a auditoría de una firma idónea contratada por el FOGADE y cuyos costos serán cargados a las cuentas de Restitución”

⁵⁴ Artículo 38 de la Ley 551

del procedimiento de restitución. Asimismo, toda acción judicial incoada en contra de la entidad afectada quedará en suspenso mientras no concluya el procedimiento de restitución.

En similar sentido, las resoluciones que emita el FOGADE sobre asuntos atinentes a la restitución de depósitos son de orden público, de forma tal que no es posible suspender sus efectos a través de la interposición de cualesquiera recursos judiciales o administrativos.

Según establece el artículo 41 de la Ley 551, iniciado el procedimiento de Restitución, el Presidente del FOGADE presentará un informe donde someterá al Consejo Directivo, dentro de un plazo que no excederá de 5 días desde el inicio del proceso de intervención, las opciones de ejecución que fueren posibles, tomando en cuenta el valor estimado de los activos y pasivos de la entidad. Tales alternativas estarán encaminadas a evitar, o bien minimizar, la utilización definitiva de los recursos del FOGADE⁵⁵.

Ahora bien, el Consejo Directivo del FOGADE para decidir la alternativa a ejecutar deberá seguir un determinado orden, a saber:

1. Si el balance de la entidad afectada presenta activos que permitan transferir los depósitos cubiertos en la cuantía señalada por la Ley 551⁵⁶,

⁵⁵ En tal sentido, según lo establecido en la parte final del artículo 41 de la Ley 551, se deberán tener en cuenta los siguientes criterios: “1 Cómputo de la diferencia de valor de los activos según éstos integrasen un negocio en marcha o pasaren a formar parte de un procedimiento de cierre de negocio 2 Estimación del ahorro que se pueda obtener con la alternativa o alternativas recomendadas posibles, frente al mecanismo de simple pago en efectivo de los depósitos garantizados con subrogación del FOGADE en la liquidación 3 Análisis de los beneficios o pérdidas que ocasione la venta dividida o íntegra de la cartera de activos de la entidad afectada 4 Estructura de las unidades de negocio de la entidad afectada”.

⁵⁶ Artículo 32 de la Ley 551: “Cuando la Garantía de Depósitos se haga efectiva, total o parcialmente, con recursos del Sistema de Garantía de Depósitos, será de hasta un máximo por depositante, independientemente del número de cuentas que este mantenga en la entidad, de un importe en moneda nacional o extranjera, igual o equivalente al valor de diez mil dólares de Estados Unidos de América (US\$10,000 00) incluyendo principal e intereses devengados hasta la fecha del inicio del procedimiento de restitución

En el caso de depósitos mancomunados, la cuantía máxima establecida en el párrafo anterior de este artículo, se distribuirá a prorrata entre los titulares de la cuenta salvo que se haya pactado una proporción distinta, adicionando en su caso la participación que resulte en el depósito mancomunado, a otro saldos que pudieran poseer a efectos de calcular la cuantía máxima de la garantía. El Consejo Directivo del FOGADE podrá establecer el procedimiento a seguir en estos casos

Para los efectos de este artículo, las cuentas solidarias (y/o) se considerarán mancomunadas”

Artículo 33 de la Ley 551 “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los titulares de depósitos transitorios para efectuar operaciones de comercio internacional, cuyo buen fin esté fehacientemente acreditado, gozan de una garantía por el total de su saldo siempre que la operación tenga una efectiva contrapartida en otra entidad financiera extranjera que así lo acredite, y no se trate de depósitos excluidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de esta Ley

y eventualmente cubrir mayores saldos de los depósitos cubiertos⁵⁷, se procederá a transferir los activos y pasivos a otras entidades del Sistema de Garantía de Depósitos. 2. Si el balance de la entidad afectada no presenta activos que permitan transferir los depósitos cubiertos, se procederá, hasta donde sea posible con los activos disponibles, a transferir depósitos cubiertos, respaldados con una contraparte de activos, a otras entidades del Sistema de Garantía de Depósitos. Los depósitos cubiertos restantes se trasladarán preferentemente a otras entidades del Sistema, respaldados con recursos del Sistema de Garantía de Depósitos. Si esto último no fuera posible se procederá al simple pago de dichos depósitos con recursos del Sistema⁵⁸.

Las transferencias de activos o depósitos se llevarán a cabo a las entidades del Sistema de Garantía de Depósitos que cumplan los requisitos mínimos de solvencia y encaje establecidos en la normativa vigente. Tales transferencias se llevarán a cabo a través de un sistema especial de subasta, el que se ajustará exclusivamente a las reglas que establezca el

Si el titular de un depósito de los mencionados en el párrafo anterior mantuviese otros saldos en la entidad afectada, se aplicará respecto de estos lo dispuesto en el artículo anterior, sin que se compute la cuantía percibida por el depósito transitorio afecto a operaciones de comercio internacional, a los efectos de determinar la cuantía máxima que deba percibir por los otros depósitos”

⁵⁷ Artículo 34 de la Ley 551 “Cuando la restitución de los depósitos se haga efectiva exclusivamente mediante la transferencia de activos de la entidad afectada, su cuantía se incrementará linealmente hasta satisfacer el mayor saldo posible de los depósitos cubiertos en la forma prevista en el capítulo siguiente”

⁵⁸ Artículo 43 de la Ley 551

La parte final del artículo señala que “El Consejo Directivo del FOGADE, podrá avalar a las entidades adquirentes, con cargo a los recursos del FOGADE, cualquier reducción que pudiera determinarse, con respecto al valor base determinado por el FOGADE, para el valor total de los activos a adquirir, dentro de un plazo máximo de 120 días a partir de la adjudicación, mediante una evaluación independiente por una empresa evaluadora inscrita en el Registro que para este efecto llevará el FOGADE y escogida por el Consejo Directivo del mismo. La empresa evaluadora deberá estar calificada para este fin conforme norma general que emita el Consejo Directivo del FOGADE. El valor base total de los activos avalados no podrá ser superior al monto total de los depósitos a ser asumidos por la entidad adquirente, que estén cubiertos por la garantía en la cuantía señalada en los artículos 32 y 33 de esta Ley.

Para facilitar la asunción de los depósitos garantizados del banco afectado, por las demás entidades del Sistema de Garantía de Depósitos, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos, a solicitud del Presidente del FOGADE, podrá otorgar a las entidades adquirentes, mediante norma particular, un régimen especial de flexibilidad en cuanto al cumplimiento de la norma de capital requerido. El plazo de validez de dicho régimen especial no podrá exceder los 360 días calendarios a partir de la fecha de adjudicación, y sólo se aplicará a desadecuaciones imputables a la absorción de activos y pasivos de la entidad intervenida. Esta facilidad deberá ser aprobada y dada a conocer a las entidades del Sistema antes de realizar cualesquiera subastas; debiendo ser incorporadas a las bases de las mismas”

Consejo Directivo del FOGADE, sin que quepa la aplicación subsidiaria de ninguna otra norma (Art. 44 de la Ley 551)⁵⁹.

Al tenor del artículo 48 de la Ley 551, finalizadas las operaciones de las que hemos venido tratando, el FOGADE preparará el balance de la cuenta de restitución, cargándose en dicha cuenta los gastos del procedimiento de restitución.

Asimismo, una vez cerrada la cuenta de restitución, el Presidente del FOGADE preparará un informe de la gestión de intervención incluido el balance residual de la entidad afectada, el cual será auditado por una

⁵⁹ Nos parece que, para terminar este tema, no debe perderse de vista el “Mecanismo extraordinario de restitución” al que se refiere el Artículo 50 de la Ley 551 “En el caso que una o más instituciones financieras presenten problemas de solvencia de tal magnitud que puedan generar un grave problema de liquidez o de solvencia a nivel del sistema financiero, la decisión de hacer uso del mecanismo extraordinario de restitución al que se refiere el presente artículo deberá ser aprobada por los órganos siguientes: El Consejo Directivo del FOGADE, el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua y el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, conforme al siguiente procedimiento

- 1 El mecanismo extraordinario lo ejecutará el FOGADE y se iniciará con la capitalización en el Balance de la entidad afectada, de los pasivos, sean depósitos o no, cuyos titulares se encuentren en cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 31, numerales 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de esta Ley. A continuación se procederá a la reducción de capital, excluidas la reserva legal, para ajustar la adecuación patrimonial de la entidad.
- 2 Reducida la cifra de capital social y el valor nominal de las acciones, se procederá a la amortización de estas acciones mediante el pago por consignación ante el Juez de Distrito de lo Civil respectivo del domicilio social de la entidad afectada, mediante la entrega de activos que
- 3 La autoridad judicial referida en el numeral anterior, dictará, sin más trámite, la sentencia declarando con lugar la consignación, la que producirá los efectos del pago por todas las acciones amortizadas, mediante la entrega de todos los activos escogidos por el Consejo Directivo del FOGADE. A estos efectos, corresponde a los antiguos accionistas decidir entre ellos las adjudicaciones concretas en función de su última participación en el capital social de la entidad.
- 4 Amortizadas y pagadas dichas acciones, el FOGADE suscribirá íntegramente con Recursos del Sistema de Garantía de Depósitos, el ciento por ciento del capital accionario necesario para mantener la adecuación de capital de la entidad según el balance resultante, sin que los antiguos accionistas ostenten derecho alguno de suscripción preferente.
- 5 Suscrito y pagado el Capital Social, el FOGADE procederá al nombramiento de nuevos funcionarios ejecutivos. Todas las operaciones realizadas de conformidad con lo establecido en este artículo estarán exentas de cualquier clase impuesto, contribución, arancel o tributo, debiendo inscribirse en el Registro Público competente los acuerdos de capitalización, reducción, amortización y suscripción de acciones.
- 6 Nombrados los nuevos funcionarios ejecutivos, concluirá el procedimiento de restitución, debiendo elaborarse un informe de lo actuado que se someterá a la auditoría de que trata el artículo 49 de esta Ley. Recibido el informe de auditoría se remitirá el expediente al Superintendente de Bancos y de Otras Instituciones Financieras.
- 7 El FOGADE tendrá un plazo de hasta tres años para vender las acciones a precio de mercado, cuyo producto se incorporará al patrimonio formado por los Recursos del Sistema de Garantía de Depósitos.”

firma registrada en la Superintendencia de Bancos. Recibido el informe de auditoria, el Consejo Directivo del FOGADE a través de acuerdo procederá a cerrar el procedimiento de restitución, remitiendo lo actuado al Superintendente de Bancos (Art. 49 de la Ley 551).

c) Procedimiento de liquidación forzosa

El proceso de liquidación de las entidades miembros del Sistema de Garantía de Depósitos se sustanciará de la siguiente manera:

Una vez finalizado el procedimiento de restitución, el Superintendente de Bancos procederá, dentro del término de 15 días, a solicitar a un Juez Civil de Distrito de Managua, que declare, sin más trámite, en estado de liquidación forzosa a la institución financiera, con la intención de que la Unidad de Gestión y Liquidación de Activos⁶⁰ proceda a la liquidación del balance residual⁶¹.

Tan solo el Superintendente de Bancos tendrá la facultad para solicitar al Juez la declaración de liquidación forzosa, con la única excepción del caso en el cual se haya aplicado la norma contenida en el numeral 13 del Artículo 10 de la Ley de la Superintendencia, en el cual podrá el Consejo Directivo pedir dicha declaración (Art. 59 de la Ley 551).

La resolución que declare el estado de liquidación forzosa será apelable en el efecto devolutivo. Aquí es importante hacer notar que, el procedimiento de liquidación del balance residual corresponderá ejecutarlo exclusivamente a la Unidad de Gestión y Liquidación de Activos.

Además, la sentencia declaratoria de liquidación forzosa deberá ser publicada en un periódico de circulación nacional, sin perjuicio de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial. La publicación hará las veces de la notificación para los fines legales, y el término legal se contará a partir de la fecha de la publicación en cualquiera de los medios mencionados⁶².

⁶⁰ Cabe destacar que el artículo 51 de la Ley 551. “ crea la Unidad de Gestión y Liquidación de Activos, adscrita al FOGADE, la cual tendrá autonomía funcional, personalidad jurídica propia y capacidad para contratar en relación con el objeto de liquidar las entidades financieras declaradas en estado de liquidación forzosa”

⁶¹ Artículo 58 de la Ley 551

⁶² Artículo 61 de la Ley 551

Al decretarse el estado de liquidación forzosa del que venimos tratando, corresponde al Director de la Unidad de Gestión y Liquidación de Activos ejercer el cargo de liquidador. Éste tomará posesión de su cargo ante el juez que declaró la liquidación. Tal autoridad deberá proceder a darle posesión de su cargo sin más trámite, previa presentación del documento en el que conste su nombramiento (Art. 62 de la Ley 551).

Por su parte, la junta general de accionistas y la junta directiva, así como los demás órganos y autoridades de la entidad en liquidación, cesarán en sus funciones, las que serán asumidas conforme a las atribuciones previstas en el contrato social, por el liquidador nombrado, quién ostentará la representación legal de la institución.

El liquidador practicará un inventario de todos los bienes que se encontraren en poder de la institución y tomará posesión de su correspondencia y libros de contabilidad y de actas, poniendo a continuación de los últimos asientos que aparecieren en los libros, una razón firmada por él, haciendo constar el estado en que se encontraban al declararse la liquidación forzosa, y procederá a formular una lista provisional de los acreedores, con indicación de las preferencias y privilegios que les correspondieren⁶³.

Para evitar que se incrementen en más de lo necesario los costes de la liquidación, situación que como es natural incidiría negativamente en el sistema financiero en su conjunto, la Ley establece una serie de medidas tendentes a reducir al mínimo dichos costes.

Por lo que respecta a los depósitos, deudas y demás obligaciones de la institución financiera en favor de terceros, a partir de la fecha de la declaración judicial de su liquidación forzosa éstas no devengarán intereses, ni estarán sujetos a mantenimiento de valor en su caso⁶⁴. Asimismo, los activos de la institución financiera en liquidación forzosa no están sujetos a embargos, secuestros ni retenciones o restricciones de ningún tipo. Los jueces tampoco podrán tramitar demandas por obligaciones a cargo de una institución en liquidación, ni continuar tramitando las causas pendientes al momento de la declaratoria de liquidación forzosa. Es más, cualquier embargo, secuestro o retención recaído sobre los activos de una institución financiera en liquidación forzosa, quedará sin efecto alguno a partir de la declaratoria de liquidación forzosa⁶⁵.

⁶³ Artículo 63 de la Ley 551

⁶⁴ Artículo 64 de la Ley 551

⁶⁵ Artículo 65 de la Ley 551 Reformado por la Ley 563, de Reforma a la Ley 551 (La Gaceta Diario Oficial No 229 del 25 de Noviembre del 2005)

Además, las instituciones financieras en liquidación estarán exentas del pago del Impuesto sobre la Renta, sobre los bienes que enajenen como parte del proceso de liquidación forzosa, así como de cualquier impuesto fiscal o municipal que graven dichas operaciones.

El ordenamiento prevé que todo lo actuado en contravención a estas disposiciones será nulo.

Según las voces del artículo 67, el liquidador en sus actuaciones estará sujeto a la vigilancia y fiscalización del Presidente del FOGADE. Así, el liquidador deberá rendir cuentas a éste y presentará mensualmente, y cada vez que le sea requerido, estado detallado de la liquidación.

En relación a las resoluciones que dicte el liquidador en el ejercicio de su cargo, distintas de las transferencias de activos, éstas serán apelables en el efecto devolutivo ante el Tribunal de Apelaciones competente. No cupiendo, por su parte, recurso alguno contra la resolución del Tribunal, salvo el de aclaración o reposición.

Por otro lado, no podrá intentarse acción judicial alguna contra el liquidador y demás personas naturales o jurídicas que colaboren bajo la dirección del mismo, por razón de las decisiones y acuerdos adoptados por ellos o por las acciones ejecutadas en cumplimiento de las decisiones y acuerdos del liquidador, sin que previamente se haya dirigido la acción contra la institución en liquidación y ésta haya sido resuelta favorablemente a las pretensiones del actor o demandante mediante sentencia judicial firme. Sin dicho requisito no se dará curso a las acciones judiciales contra dichas personas⁶⁶.

Por lo que hace a los deberes del liquidador, según el artículo 68 LSGD éstos son:

1. Avisar inmediatamente a todos los bancos, personas naturales o jurídicas, radicadas en el país o en el extranjero, que sean deudoras o posean fondos o bienes de la institución en liquidación, para que no efectúen pagos sino con intervención del liquidador, para que devuelvan los bienes pertenecientes a la institución y para que no asuman nuevas obligaciones por cuenta de ésta.
2. Avisar a los Registros Públicos para las anotaciones a que haya lugar.
3. Notificar por cualquier medio a

⁶⁶ Artículo 67 de la Ley 551

cada una de las personas que resulten ser propietarios de cualquier bien entregado a la institución, o arrendatarios de cajas de seguridad, según el caso, para que retiren sus bienes dentro del plazo de sesenta días contados desde la fecha de la notificación. 4. Notificar por medio de tres avisos consecutivos publicados en “La Gaceta”, Diario Oficial y en un diario de circulación nacional, a las personas que tengan crédito contra la institución, para que los legalicen ante el propio liquidador, dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de la última publicación, y hacer una lista protocolizada por un Notario Público, de los créditos que no hubiesen sido reclamados dentro del plazo indicado. 5. Examinar y aprobar o rechazar los créditos debidamente reclamados, según que los comprobantes estuvieren o no a satisfacción del liquidador, designando, entre los créditos aprobados, aquellos que tuvieren preferencia sobre los comunes. 6. Reclamar judicial o extrajudicialmente los créditos vencidos a favor de la institución. 7. Verificar y rectificar las listas del activo y pasivo presentado por la institución o formar dichas listas, si no hubiesen sido presentadas. 8. Procurar que los bienes ocupados o inventariados estén debidamente asegurados y se conserven en buen estado, y disponer de la venta inmediata de aquellos que no pudieren conservarse sin perjuicio de la liquidación o tomar las medidas conducentes para evitar el perjuicio. 9. Valorar los bienes de la institución y proceder a su venta, mediante los procedimientos que establezca el Consejo Directivo del FOGADE, conforme norma de aplicación general. Estas normas deberán contener procedimientos expeditos para la venta de los bienes. 10. Administrar la cartera de créditos a favor de la institución mientras se efectúa su venta, efectuar arreglos de pago y conceder descuentos por pronto pago cuando dicha política contribuya a una mejor recuperación de la cartera, conforme a las normas que para tal efecto dicte el Presidente del FOGADE. 11. Depositar diariamente en depósitos a la vista a su orden en un banco la suma que hubiere recibido. 12. Convocar a reuniones de acreedores para conocer lo que éstos tengan que alegar sobre sus créditos, por medio de un aviso que será publicado en “La Gaceta”, Diario Oficial y en un diario de circulación nacional, por lo menos, dos veces consecutivas, debiendo mediar entre la primera publicación del aviso en “La Gaceta” y el día de la reunión no menos de quince días. 13. Formular una cuenta distributiva cada vez que hubiere fondos suficientes para repartir por lo menos un dos por ciento de la masa sujeta a liquidación, entre los acreedores cuyos créditos hubiesen sido aprobados. 14. Llevar en forma la contabilidad de las operaciones de la liquidación. 15. Cancelar la relación laboral al personal de la institución, así como nombrar los empleados que sean estrictamente necesarios para

la liquidación y fijar los honorarios, sueldos y demás gastos, en consulta con el Presidente del FOGADE. 16. Efectuar los pagos por gastos de administración, por medio de cheques. 17. Dar temporalmente en arrendamiento los activos en liquidación y tomar todas las medidas para administrar y conservar dichos activos, cuando no sea posible su venta inmediata. El Consejo Directivo del FOGADE podrá dictar normas generales al respecto. 18. Contratar empresas especializadas en la liquidación de activos, mediante el pago de comisiones consistentes en un porcentaje del precio de realización, cuando dicho procedimiento resulte más eficiente, previa aprobación del Presidente del FOGADE. 19. Dar en dación en pago, parcial o total, activos sujetos a liquidación, a los acreedores con prelación de pago, siempre que éstos lo acepten y que el precio no sea menor que el avalúo encargado por el Liquidador. Sin embargo, dicho avalúo podrá ser revisado y ajustado, previa autorización del Presidente del FOGADE, cuando su valor hubiere sufrido variación por cualquier causa, o cuando las condiciones del mercado así lo demanden. 20. Efectuar todos los demás actos que estime conveniente con el fin de llevar a cabo la liquidación en la mejor forma posible.

Adicionalmente, el liquidador de una institución financiera deberá, antes de la expiración de los plazos legales de prescripción de la acción, iniciar y seguir cualquier acción judicial necesaria contra directores, gerentes, administradores, auditores internos y externos, peritos tasadores, empleados o, en general, contra cualquier persona que pudiese resultar responsable de la situación que dio lugar a dicha liquidación⁶⁷.

Es importante destacar que, los actos que impliquen disposición de bienes de una institución financiera en liquidación y no estén expresamente previstos en la Ley 551 o en las leyes comunes, los resolverá el liquidador en consulta con el Consejo Directivo del FOGADE (Art. 72 de la Ley 551).

El artículo 73 de la Ley 551 mandata que el orden de prelación de los créditos considerados como privilegiados, a efectos de la liquidación, es el siguiente:

1. Los montos pagados por el FOGADE, en concepto de restitución de depósitos garantizados cuando haya utilizado los recursos del mismo.
2. Los que se adeuden a los trabajadores por salarios, sueldos,

⁶⁷ Artículo 70 de la Ley 551

indemnizaciones, y otras prestaciones con cargo al empleador, hasta por el monto de las liquidaciones que se practiquen conforme a la legislación laboral. Se exceptúan los montos adeudados al principal ejecutivo, gerentes, funcionarios principales y auditores, mientras el liquidador no concluya sus averiguaciones sobre las responsabilidades de éstos en las causas que dieron lugar a la intervención o a la liquidación forzosa de la institución. Las obligaciones a cargo de la institución derivadas de contratos laborales cuyas prestaciones difieran de las que normalmente contrata la institución no se consideraran privilegiadas y se atenderán conforme a lo establecido en el Código Civil. 3. Las obligaciones por depósitos y captaciones del público, cualquiera que sea su modalidad, exceptuándose los depósitos contemplados en el artículo 31 de la Ley 551⁶⁸. 4. Las contribuciones pendientes de pago a la Superintendencia de Bancos conforme a lo establecido en el artículo 29 de su Ley⁶⁹. 5. Los que se adeuden al Banco Central de Nicaragua. 6. Los que se adeuden por impuestos, tasas y contribuciones. 7. Los que se adeuden a otras entidades estatales. 8. Luego se atenderán otros créditos, de acuerdo al orden y forma determinados por el Código Civil⁷⁰.

⁶⁸ Artículo 31 de la Ley 551: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no están cubiertos por la garantía a que se refiere esta Ley los siguientes depósitos: 1 Los depósitos mantenidos por otras instituciones financieras 2 Los depósitos mantenidos por Administradoras de Fondos de Pensiones, Bolsas de Valores, Puestos de Bolsa y cualquier otro inversionista institucional 3 Los depósitos de instituciones del sector público 4 Los depósitos de empresas o entidades jurídicas que pertenezcan al mismo grupo económico de la entidad afectada 5 Los depósitos de directores, gerentes, administradores, representantes legales, auditores y de quienes ejerzan materialmente funciones directivas en la entidad afectada al momento de decretarse la intervención, y los que pertenecieran a sus cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad Igual disposición aplicará a los depósitos de los accionistas y sus parientes en los mismos grados de consanguinidad y afinidad establecidos anteriormente 6 Los depósitos de personas o entidades que tengan una tasa de remuneración manifiestamente superior a las prevalecientes en dicha entidad para depósitos similares de otros depositantes 7 Los depósitos de personas o entidades cuyas relaciones económicas con la entidad haya contribuido manifiestamente al deterioro patrimonial de la misma 8 Los depósitos originados por transacciones relacionadas a sentencias condenatorias por la comisión de ilícitos, y en general, los depósitos constituidos por infracción grave de normas legales o reglamentarias imputables al depositante 9 Los instrumentos que gozando formalmente de la denominación de depósito, sean esencialmente operaciones distintas”

⁶⁹ Artículo 29 de la Ley 316: “Las instituciones y personas naturales y jurídicas, que por la presente Ley estén sujetas a la vigilancia de la Superintendencia, aportarán recursos para cubrir el Presupuesto Anual de la misma El Banco Central aportará el 25% Las entidades supervisadas, contribuirán en efectivo para cubrir el 75% restante de dicho presupuesto hasta un máximo de 1 0 (uno) por millar de los activos o de un parámetro equivalente que determine el Consejo Directivo de la Superintendencia, a propuesta del Superintendente Ambos datos se calcularán con base al promedio proyectado del período presupuestado.

En el caso de las compañías de seguros, no se incluirán en los activos, para los efectos de esta contribución, las reservas a cargo de reaseguradores por siniestros pendientes”

⁷⁰ Art 2297 C “Los acreedores hipotecarios, los pignoratícios, los que gozan de igual derecho que éstos y todos los demás que demanden un derecho real, o que sean privilegiados como acreedores de la masa, pueden exigir el pago de sus créditos separadamente, por las vías comunes, y no serán admitidos como acreedores del concurso, aunque la insolvencia se hubiere declarado a solicitud de alguno de ellos, sino en cuanto tengan acción personal contra el concursado, y sólo en la parte en que expresamente renuncien a las ventajas legales que les da la especialidad de su crédito”

Como es obvio, al beneficiario del crédito privilegiado, que a su vez fuere deudor de la institución en liquidación, se le imputará su obligación al crédito, aún cuando ésta no estuviese vencida. Por su puesto, si hubiere saldo a su favor se le abonará la diferencia correspondiente⁷¹.

El artículo 75 establece que todos los gastos que resulten de la liquidación de una institución financiera, los sueldos y honorarios para los empleados y demás personas ocupadas en la liquidación, serán a cargo de la masa de bienes de la institución en liquidación, siendo fijados los mismos por el liquidador y, a su vez, deberán ser aprobados por el Presidente del FOGADE o por el Consejo Directivo. Por su parte, el liquidador ejercerá su cargo en función de su calidad de Director de la Unidad de Gestión y Liquidación de Activos, de modo que devengará un salario, sin facultad de remuneración adicional alguna por la liquidación.

Cuando el liquidador haya pagado totalmente las obligaciones de la institución, y haya satisfecho los gastos y honorarios que genera la liquidación, siempre que quede remanente, convocará a la junta de accionistas o propietarios para que acuerden su distribución en proporción a sus aportes (Art. 76 de la Ley 551).

En los casos en que fuere liquidada en el extranjero una institución financiera que tuviere en Nicaragua una o más sucursales, se pondrán éstas en liquidación y se seguirá el procedimiento antes relatado, en todo cuanto sea aplicable⁷².

La liquidación de una institución financiera debe quedar concluida en un plazo no mayor de un año, salvo que, por razones justificadas,

Art 2347 C : “Tienen acción para exigir por las vías comunes, separadamente del concurso, el pago de sus respectivos créditos, con preferencia sobre todos los demás acreedores, excepto sobre los que lo sean de la masa, según el Capítulo anterior, los siguientes 1° El acreedor hipotecario sobre el valor de la cosa hipotecada conforme a la fecha de su respectiva inscripción 2° El acreedor pignoraticio, sobre el precio de la cosa dada en prenda 3° Los acreedores que teniendo el derecho de retención, hayan usado de ese derecho sobre el valor de la cosa o cosas retenidas 4° El arrendador de finca rústica o urbana, por el monto de lo que por causa del arriendo se le adeude hasta la terminación de éste, sobre el valor de los frutos de la cosa arrendada, existentes en la finca o en la masa y sobre el de todos los objetos con que el arrendatario la haya provisto 5° El fisco y los municipios por los impuestos que correspondan al año precedente a la declaración de insolvencia, sobre el valor de las cosas sujetas a dichos impuestos”

⁷¹ Artículo 74 de la Ley 551

⁷² Artículo 77 de la Ley 551 En similar sentido, la parte final del artículo en cuestión prevé que “Las sucursales de bancos extranjeros en el territorio nacional quedan sujetas a las disposiciones relativas a la intervención y liquidación previstas en la presente Ley, en lo que le fuere aplicable”

y a solicitud del liquidador, el Presidente del FOGADE o el Consejo Directivo de éste decidan su prorroga por una sola vez y por un período de hasta otro año. No obstante, concluido el plazo de liquidación, y previo a la cesación de la existencia jurídica de la institución, el liquidador deberá continuar ejecutando los actos jurídicos que hayan quedado pendientes, o le corresponda ejecutar por mandato de la Ley en su carácter de representante legal de la institución en liquidación. Los poderes otorgados por el liquidador conservarán su validez mientras subsista la existencia jurídica de la institución en liquidación (Art. 78 de la Ley 551).

Cumplido el trámite establecido, enajenados todos los activos de la liquidación, o distribuido el remanente del activo a los accionistas, en su caso, el liquidador presentará su informe final, auditado, sobre el estado de liquidación al Presidente del FOGADE o al Consejo Directivo, para su respectiva aprobación. De previo a este trámite, éstos podrán solicitar al liquidador todas las aclaraciones, adiciones o correcciones que estimen necesarias. Una vez que aprueben dicho informe, deberán dictar una resolución en la que se declare concluido el estado de liquidación y el cese de la existencia legal de la institución. Esta Resolución surtirá sus efectos una vez que la certificación protocolizada de la misma se inscriba en el Registro Público Mercantil competente, con lo que el liquidador cesará en sus funciones.

En caso de que no se apruebe el informe en cuestión, corresponde al Presidente del FOGADE o al Consejo Directivo realizar las actuaciones pertinentes para concluir el estado de liquidación y el cese de la existencia legal de la institución, así como intentar las acciones necesarias, con el fin de que se establezcan las responsabilidades del liquidador y se apliquen las sanciones que sean procedentes.

Ahora bien, si al concluir el plazo de la liquidación existieren activos que el liquidador no hubiere podido vender, y tampoco hubieren sido aceptados en pago por los acreedores o por los accionistas, el liquidador los deberá entregar, mediante convenio, en propiedad al Estado. Así, las transmisiones de dominio a favor del Estado se considerarán perfeccionadas con la sola suscripción del convenio, sin perjuicio que con posterioridad se elaboren los respectivos instrumentos legales que correspondan según el caso. Dichas transmisiones serán inatacables y, además, estarán exentas de toda clase de tributos, tantos nacionales como municipales.

3.4.2 Disolución y liquidación de las entidades que no son miembros del Sistema de Garantía de Depósito

Por otra parte, la Ley prevé un procedimiento especial para proceder a la disolución y liquidación de instituciones financieras que no pertenecen al Sistema de Garantía de Depósitos.

En tal sentido, el Superintendente de Bancos, mediante resolución dictada al efecto, solicitará a un Juez Civil del Distrito de Managua, que declare en estado de liquidación forzosa a una institución financiera sujeta a su supervisión, pero que no forme parte del Sistema de Garantía de Depósitos, cuando dicha institución hubiere incurrido en una o varias de las causales establecidas para las instituciones financieras que sí pertenecen al Sistema de Garantía de Depósitos⁷³.

Resulta llamativo que, a diferencia de lo que sucede con las instituciones que forman parte del Sistema de Garantía de Depósitos, en este caso no se procede a la “intervención” previa de la institución financiera de que se trate, sino que, el Superintendente inicia el proceso de liquidación forzosa a través de su resolución, la que, como es natural, declarará en estado de disolución a la institución financiera en cuestión⁷⁴.

Ahora bien, lo que justifica la “intervención” de las entidades miembros del Sistema de Garantía de Depósitos es, ciertamente, la necesidad de incoar el correspondiente procedimiento de restitución de los depósitos que los particulares han confiado a dichas instituciones. Por ende, al faltar tal justificación en las entidades que ahora tratamos, el legislador ha optado por prescindir del procedimiento de intervención.

Por otra parte, al igual que en el supuesto anterior, solamente el Superintendente de Bancos tendrá la facultad para solicitar al Juez la declaración de liquidación forzosa, con la única excepción del caso en el cual se haya aplicado la norma contenida en el numeral 13 del Artículo 10 de la Ley de la Superintendencia, en el cual podrá el Consejo Directivo pedir dicha declaración.

⁷³ Artículo 94 de la Ley 561

⁷⁴ Conviene recordar que, en general, la “disolución” de una persona jurídica, y en particular la de una institución financiera, no es otra cosa que “el comienzo del fin de la sociedad”, el instante en que se inicia el proceso de extinción de la organización y de las relaciones obligatorias que nacen en virtud del contrato social, en otras palabras, la disolución es el inicio de un largo proceso que concluirá con la extinción definitiva de la personalidad jurídica de dicha entidad, aunque, eso sí, previa ejecución del procedimiento de liquidación

a) Procedimiento de liquidación forzosa

El procedimiento de liquidación de las entidades que no son miembros del Sistema de Garantía de Depósitos se sustanciará de la siguiente manera:

De conformidad a lo establecido en el artículo 95 de la Ley 561, será necesario, en primer lugar, presentar la pertinente demanda ante un Juez Civil del Distrito de Managua, a la que deberá acompañarse una relación o informe de la situación de la institución financiera y de lo actuado por el Superintendente, de modo que el Juez, sin más trámite, deberá declarar el estado de liquidación forzosa de la institución en referencia. Dicha declaratoria de liquidación forzosa dejará inmediatamente sin efecto su autorización para funcionar, la que deberá hacerse constar en el auto respectivo y tendrá los mismos efectos de la quiebra.

El auto que declare el estado de liquidación forzosa será apelable en el efecto devolutivo, conservando el juez la jurisdicción únicamente para la admisión del recurso, en su caso, y dar la posesión del cargo al liquidador, a quien le corresponderá de manera exclusiva ejecutar y finalizar el proceso de liquidación, de tal suerte que, todos los actos celebrados por el liquidador en el ejercicio de sus funciones mantendrán plena validez.

Además, la declaratoria de liquidación forzosa deberá ser publicada en un periódico de circulación nacional, sin perjuicio de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial. La publicación hará las veces de la notificación para los fines legales, y el término legal se contará a partir de la fecha de la publicación en cualquiera de dichos medios⁷⁵.

Al decretarse el estado de liquidación forzosa del que venimos tratando, el Superintendente nombrará a un liquidador o a una junta liquidadora con un número no mayor de tres miembros, indicando, en este último caso, a la persona que la presidirá. Los nombrados tomarán posesión de su cargo ante el juez que declaró la liquidación. Tal autoridad deberá proceder a darle posesión de su cargo sin más trámite que la solicitud que le haga el Superintendente de Bancos. En caso de que se nombre una junta liquidadora ésta tomará sus decisiones con la aprobación de la mayoría de sus miembros, debiendo ser convocadas las sesiones por el Presidente de la Junta (Art. 98 de la Ley 561).

⁷⁵ Artículo 96 de la Ley 561

El liquidador deberá ser persona de reconocida honorabilidad y competencia profesional para el ejercicio del cargo encomendado y no estar incurso en las causales del artículo 29 de la Ley 561⁷⁶. El Superintendente podrá remover de su cargo y sustituir al liquidador, cuando no diere cumplimiento cabal a sus deberes.

Por su parte, la junta general de accionistas y la junta directiva, así como su principal ejecutivo, cesarán en sus funciones, las que serán asumidas conforme a las atribuciones previstas en el contrato social, por el liquidador nombrado, quién ostentará la representación legal de la institución.

El liquidador practicará un inventario de todos los bienes que se encontraren en poder de la institución y tomará posesión de su correspondencia y libros de contabilidad y de actas, poniendo a continuación de los últimos asientos que aparecieren en los libros, una razón firmada por él, haciendo constar el estado en que se encontraban al declararse la liquidación forzosa, y procederá a formular una lista provisional de los acreedores, con indicación de las preferencias y privilegios que les correspondieren.

Al igual que sucedía para el caso de las instituciones miembros del Sistema de Garantía de Depósitos, las deudas y demás obligaciones de

⁷⁶ Art 29 LGBOIF “No podrán ser miembros de la Junta Directiva de un banco 1 Las personas que directa o indirectamente, sean deudores morosos por más de noventa (90) días o por un número de tres veces durante un período de doce meses, de cualquier banco o institución sujeta a la vigilancia de la Superintendencia de Bancos o que hubiesen sido declarados judicialmente en estado de insolvencia, concurso o quiebra El Consejo Directivo de la Superintendencia podrá dictar normas de aplicación general para regular lo indicado en este numeral 2 Los que con cualquier otro miembro de la Directiva del banco fueren cónyuges, o compañero o compañera en unión de hecho estable, o tuviesen relación de parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad No se incurrirá en esta causal cuando la relación exista entre un director propietario y su respectivo suplente 3 Los directores, gerentes, funcionarios, mandatarios o empleados de cualquier otra institución financiera supervisada que pertenezcan a otro grupo financiero 4 Los Gerentes, funcionarios ejecutivos y empleados del mismo Banco, con excepción del Ejecutivo principal 5 Los que directa o indirectamente sean titulares, socios o accionistas que ejerzan control accionario o administrativo sobre sociedades que tengan créditos vencidos, por más de noventa (90) días o por un numero de tres veces durante un período de doce meses, o que estén en cobranza judicial en la misma empresa o en otra del Sistema Financiero 6 Las personas que hayan sido sancionadas en los quince (15) años anteriores por causar perjuicio patrimonial a un banco, o a la fe pública alterando su estado financiero 7 Los que hayan participado como directores, gerentes, subgerentes o funcionarios de rango equivalente de un banco que haya sido sometido a procesos de intervención y de declaración de estado de liquidación forzosa, a los que por resolución judicial, o administrativa del Superintendente, se la haya establecido o se le establezca responsabilidades, presunciones o indicios que los vincule a las situaciones antes mencionadas Lo anterior admitirá prueba en contrario 8 Los que hayan sido condenados por delitos de naturaleza dolosa que merezcan penas mas que correccionales”

la institución financiera en favor de terceros, a partir de la fecha de la declaración judicial de su liquidación forzosa, no devengarán intereses, ni estarán sujetos a mantenimiento de valor en su caso. Asimismo, los activos de la institución financiera en liquidación forzosa no están sujetos a embargos, secuestros ni retenciones o restricciones de ningún tipo. Los jueces tampoco podrán tramitar demandas por obligaciones a cargo de una institución en liquidación. Es más, cualquier embargo, secuestro o retención recaído sobre los activos de una institución financiera en liquidación forzosa, quedará sin efecto alguno a partir de la declaratoria de liquidación forzosa⁷⁷.

Además, las instituciones financieras en liquidación estarán exentas del pago del Impuesto sobre la Renta, sobre los bienes inmuebles que enajenen como parte del proceso de liquidación forzosa, así como de cualquier impuesto fiscal o municipal que grave dichas operaciones.

El ordenamiento prevé que todo lo actuado en contravención a estas disposiciones será nulo.

Según las voces del artículo 100 de la Ley 561, el liquidador en sus actuaciones estará sujeto a la vigilancia y fiscalización del Superintendente en la misma forma en que lo están las propias instituciones financieras. Así, el liquidador deberá rendir cuentas a éste y presentará mensualmente, y cada vez que le sea requerido, estado detallado de la liquidación.

En relación a las resoluciones que dicte el liquidador en el ejercicio de su cargo, éstas serán apelables en el efecto devolutivo ante el Tribunal de Apelaciones competente. No cabiendo, por su parte, recurso alguno contra la resolución del Tribunal, salvo el de aclaración o reposición.

Por otro lado, no podrá intentarse acción judicial alguna contra el liquidador y demás personas naturales o jurídicas que colaboren bajo la dirección del mismo, por razón de las decisiones y acuerdos adoptados por ellos o por las acciones ejecutadas en cumplimiento de las decisiones y acuerdos del liquidador, sin que previamente se haya dirigido la acción contra la institución en liquidación y ésta haya sido resuelta favorablemente a las pretensiones del actor o demandante mediante sentencia judicial firme. Sin dicho requisito no se dará curso a las acciones judiciales contra dichas personas⁷⁸.

⁷⁷ Artículo 99 de la Ley 561

⁷⁸ Artículo 101 de la Ley 561

Según el artículo 102 de la Ley 561, los deberes del liquidador son prácticamente los mismos que los señalados para el liquidador de las Instituciones que forman parte del Sistema de Garantía de Depósitos. Por lo que remitimos al lector a al estudio de éstos.

Adicionalmente, el liquidador de una institución financiera deberá, antes de la expiración de los plazos legales de prescripción de la acción, iniciar y seguir cualquier acción judicial necesaria contra directores, gerentes, administradores, auditores internos y externos, peritos tasadores, empleados o, en general, contra cualquier persona que pudiese resultar responsable de la situación que dio lugar a dicha liquidación⁷⁹.

Es importante destacar que, los actos que impliquen disposición de bienes de una institución financiera en liquidación y no estén expresamente previstos en la Ley de Bancos o en las leyes comunes, los resolverá el liquidador en consulta con el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos (Art. 105 de la Ley 561).

El artículo 106 de la Ley 561 mandata que el orden de prelación de los créditos considerados como privilegiados, a efectos de la liquidación, es el siguiente:

1. Los que se adeuden a los trabajadores por salarios, sueldos, indemnizaciones, y otras prestaciones con cargo al empleador, hasta por el monto de las liquidaciones que se practiquen conforme a la legislación laboral. Se exceptúan los montos adeudados al principal ejecutivo, gerentes, funcionarios principales y auditores, mientras el liquidador no concluya sus averiguaciones sobre sus responsabilidades en las causas que dieron lugar a la intervención o a la liquidación forzosa de la institución. Las obligaciones a cargo de la institución derivadas de contratos laborales cuyas prestaciones difieran de las que normalmente contrata la institución no se consideraran privilegiadas y se atenderán conforme a lo establecido en el Código Civil.
2. Obligaciones con sus clientes respecto a las operaciones vinculadas a su objeto social.
3. Las contribuciones pendientes de pago a la Superintendencia de Bancos conforme a lo establecido en el artículo 29 de su Ley.
4. Los que se adeuden por impuestos, tasas y contribuciones.
5. Los que se adeuden a otras entidades estatales.
6. Luego se atenderán otros créditos, de acuerdo al orden y forma determinados por el Código Civil.

⁷⁹ Artículo 103 de la Ley 561

Como es obvio, al beneficiario del crédito privilegiado, que a su vez fuere deudor de la institución en liquidación, se le imputará su obligación al crédito, aún cuando ésta no estuviese vencida. Por su puesto, si hubiere saldo a su favor se le abonará la diferencia correspondiente⁸⁰.

El artículo 108 de la Ley 561 establece que todos los gastos que resulten de la liquidación de una institución financiera, los sueldos y honorarios para los empleados y demás personas ocupadas en la liquidación, serán a cargo de la masa de bienes de la institución en liquidación, siendo fijados los mismos por el liquidador y, a su vez, deberán ser aprobados por el Superintendente. Por su parte, los honorarios del liquidador serán fijados por el Superintendente, y no podrán ser inferiores al 1% ni superiores al 3% del valor de los bienes de la masa.

Cuando el liquidador haya pagado totalmente las obligaciones de la institución, y haya satisfecho los gastos y honorarios que genera la liquidación, siempre que quede remanente, convocará a la junta de accionistas o propietarios para que acuerden su distribución en proporción a sus aportes (Art. 109 de la Ley 561).

En los casos en que fuere liquidada en el extranjero una institución financiera que tuviere en Nicaragua una o más sucursales, se pondrán éstas en liquidación y se seguirá el procedimiento antes relatado, en todo cuanto sea aplicable⁸¹.

La liquidación de una institución financiera debe quedar concluida en un plazo no mayor de un año, salvo que, por razones justificadas, el Superintendente decida su prórroga por una sola vez y por un período de hasta otro año. No obstante lo anterior, concluido el plazo de liquidación, y previo a la cesación de la existencia jurídica de la institución, el liquidador deberá continuar ejecutando los actos jurídicos que hayan quedado pendientes, o le corresponda ejecutar por mandato de la Ley en su carácter de representante legal de la institución en liquidación. Los poderes otorgados por el liquidador conservarán su validez mientras subsista la existencia jurídica de la institución en liquidación (Art. 111 de la Ley 561).

Cumplido el trámite establecido, enajenados todos los activos de la liquidación, o distribuido el remanente del activo a los accionistas, en

⁸⁰ Artículo 107 de la Ley 561

⁸¹ Artículo 110 de la Ley 561

su caso, el liquidador presentará su informe final sobre el estado de liquidación al Superintendente. De previo a este trámite, éste podrá solicitar al liquidador todas las aclaraciones, adiciones o correcciones que estime necesarias. Una vez que el Superintendente apruebe dicho informe, deberá dictar una resolución en la que se declare concluido el estado de liquidación y el cese de la existencia legal de la institución. Esta Resolución surtirá sus efectos una vez que la certificación protocolizada de la misma se inscriba en el Registro Público Mercantil competente, con lo que el liquidador cesará en sus funciones.

En caso de que no se apruebe el informe en cuestión, corresponde al Superintendente de Bancos realizar las actuaciones pertinentes para concluir el estado de liquidación y el cese de la existencia legal de la institución, así como intentar las acciones necesarias, con el fin de que se establezcan las responsabilidades del liquidador y se apliquen las sanciones que sean procedentes.

Ahora bien, si al concluir el plazo de la liquidación existieren activos que el liquidador no hubiere podido vender, y tampoco hubieren sido aceptados en pago por los acreedores, el liquidador los deberá entregar mediante convenio en propiedad al Estado, sin responsabilidad alguna con los acreedores y accionistas. Así, las transmisiones de dominio a favor del Estado se considerarán perfeccionadas con la sola suscripción del convenio, sin perjuicio que con posterioridad se elaboren los respectivos instrumentos legales que correspondan según el caso.

3.5 Sanciones administrativas

Para garantizar que el órgano de control pueda desarrollar con eficacia la labor a él encomendada, la Ley 561 contiene un variadísimo catálogo de disposiciones de lo que es en llamar, en lenguaje jurídico técnico, Derecho Administrativo sancionador.

Y es que, en línea de principio, son poderosas razones de política legislativa las que determinarán que, en aquellos casos en que se desee dispensar una mayor protección al interés tutelado por la norma, su violación se califique como delito. En contraposición, cuando el legislador considere que su violación no perturba tan gravemente el ordenamiento jurídico, el ilícito será considerado como una infracción administrativa⁸².

⁸² Cfr HERRERA ESPINOZA, Jesús Jusseth, Código Tributario de la República de Nicaragua y sus reformas Estudio Introductorio y Disposiciones Complementarias, Colección Legislativa Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2006, pág 79

A ello todavía habrá que agregar el hecho de que el legislador, consciente de la celeridad con la que se debe actuar ante determinados supuestos de incumplimiento, ha querido dotar al órgano de control de un adecuado utillaje que permita corregir de forma rápida y eficiente las desviaciones en las que incurren los destinatarios de la norma.

De lo que llevamos dicho se deduce que, acorde con su naturaleza, cuando se trate de una infracción se impondrán sanciones administrativas, usualmente de carácter pecuniario; ya que, por imperativo constitucional, la Administración está imposibilitada de imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad. En cambio, en los casos de comisión de un delito sí se prevé la imposición de penas de privación de libertad^{83 84}.

⁸³ Así, HERRERA ESPINOZA, op cit , ibidem

⁸⁴ A manera de corolario de todo lo que hemos comentado aquí, el artículo 172 de la Ley 561 prevé que las sanciones administrativas serán impuestas sin perjuicio de las responsabilidades penales que pueden imputarse de conformidad con el Código Penal vigente

En tal sentido, los delitos que podemos calificar de “bancarios” son los siguientes:

Artículo 297 Pn : “Comete delito de quiebra fraudulenta, el que en perjuicio de sus acreedores, haya realizado alguno de los hechos siguientes

- 1 Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas
- 2 Sustraer u ocultar bienes que correspondan a la masa o no justificar su salida o cancelación de los mismos
- 3 Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor
- 4 Transferir o enajenar maliciosamente, a cualquier título, bienes muebles o inmuebles antes de ser declarado el estado de quiebra
- 5 Falsear Balances
- 6 Vender activos; y
- 7 Llevar libros de contabilidad de forma paralela o llevarlos falsamente

La pena que se impondrá por la realización de cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, será de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial por igual período”

Artículo 298 Pn : “Comete delito de quiebra culposa el comerciante que se haya declarado en quiebra o provocado la misma por propia insolvencia en perjuicio de sus acreedores a consecuencia de sus gastos excesivos en relación con el capital propio, especulaciones ruinosas, juegos, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia, la pena será de uno a tres años de prisión e inhabilitación especial por igual período

Se aplicará la pena de la quiebra fraudulenta o de la quiebra culposa en su caso, al director, gerente, administrador o representante legal de una persona jurídica declarada en quiebra que haya intervenido como autor, cooperador necesario o inductor de cualquier de los hechos a los que se refiere éste y el artículo anterior”

Artículo 299 Pn “Las sociedades anónimas o cooperativas, y cualquier persona colectiva que ejerza el comercio, todo director, administrador o gerente de la sociedad o establecimiento fallido, contador o tenedor de libros que haya cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena del quebrado fraudulento o culpable, en su caso”

Artículo 301 Pn “El acreedor que celebre convenio o transacción judicial, en virtud de connivencia con el deudor o un tercero, en la cual hubiere estipulado ventajas especiales para el caso de aceptación del convenio o transacción, sufrirá arresto de seis a dieciocho meses

La misma pena se aplicará a todo director o gerente de sociedades anónimas o cooperativas, o de cualquiera otra persona colectiva en estado de quiebra o concurso de bienes, que concluya un convenio de este género”

3.5.1. Tipología de las sanciones

En materia de sanciones de naturaleza administrativa, la Ley es bastante prolija.

En tal sentido, y a efectos del pago de las sanciones de naturaleza pecuniaria, el artículo 159 de la Ley 561 acuña el concepto de “unidad de multa”, entendiéndose por ésta el equivalente en moneda nacional al de un dólar de los Estados Unidos de América, conforme al tipo de cambio oficial establecido por el Banco de Central de Nicaragua, vigente a la fecha de la imposición de la sanción.

Dicha noción viene a justificarse por una poderosa razón técnica: “el mantener actualizadas permanentemente las sanciones pecuniarias que, como se sabe, de forma constante y paulatina van perdiendo su valor real, debido al “deslizamiento” de nuestra moneda, justamente, frente al dólar de los Estados Unidos de América”⁸⁵.

Ahora bien, por lo que hace a las multas la Ley nos ofrece una gran variedad. Así, en caso de incumplimiento de las medidas referentes a los planes de normalización ordenadas por el Superintendente, los directores y el gerente general que resultaren responsables, en su carácter personal, serán merecedores de una sanción de mil hasta quince mil unidades de multa. Siendo impuesta dicha multa por el Superintendente de Bancos, sin perjuicio de la ordenación de su destitución⁸⁶.

También, según ordena el artículo 161 de la Ley 561, el Superintendente de Bancos impondrá una multa de dos mil hasta sesenta mil unidades de multa a quien contraviniere o consintiere que se contravenga lo relativo a las prohibiciones que tienen los accionistas, directores o funcionarios de un banco en caso de conflicto de intereses. Dicha multa será aplicable sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que les corresponde de los daños y perjuicios que pudieran resultar al banco.

Los bancos que transen con sus partes relacionadas e infrinjan las limitaciones de la materia serán sancionados por el Superintendente con una multa administrativa ajustada a la importancia de la falta, la que podrá ir desde cinco mil hasta sesenta mil unidades de multa (Art. 162 de la Ley 561)⁸⁷.

⁸⁵ Cfr HERRERA ESPINOZA, Código Tributario de la República de Nicaragua y sus reformas Estudio Introductorio y Disposiciones Complementarias, cit , pág 104

⁸⁶ Artículo 160 de la Ley 561

⁸⁷ La parte final del artículo agrega que “El Superintendente impondrá una multa similar a los bancos que violen el límite establecido en el artículo 56 de la presente Ley”

La sociedad tenedora de acciones o empresa responsable de un grupo financiero, radicada en Nicaragua, será sancionada, por el incumplimiento de las disposiciones atinentes a los grupos financieros, con una multa de dos mil hasta sesenta mil unidades de multa, de acuerdo con la gravedad de la falta⁸⁸.

El artículo 164 establece que el director, gerente, funcionario, empleado o auditor interno de bancos que altere o desfigure datos o antecedentes en los balances, libros, estados, cuentas, correspondencia u otro documento cualquiera o que oculte o evite que se conozca de los mismos o destruya estos elementos, con el fin de dificultar, desviar o eludir la fiscalización que corresponde ejercitar a la Superintendencia de acuerdo con la ley, será sancionado, sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan, con una multa equivalente a dos veces su salario mensual. Para el caso de los directores la sanción será de hasta cincuenta mil unidades de multa, de acuerdo con la gravedad de la falta⁸⁹.

Por otra parte, el Superintendente de Bancos podrá suspender la distribución anual de los dividendos de los bancos mientras no se hubiesen hecho las provisiones y las reservas obligatorias correspondientes al año anterior (Art. 165 de la Ley 561).

Si un banco que hubiese cometido infracciones, o se le hubiesen impuesto reiteradas multas, se mostrase reticente para cumplir las órdenes impartidas por el Superintendente, realizase operaciones que fomenten actos ilícitos o hubiese ejecutado cualquier hecho grave que haga temer por su estabilidad, el Superintendente, por resolución, removerá a los miembros del directorio y al representante legal que resulten responsables y requerirá inmediatamente al órgano competente para que realice la o las designaciones que fuesen del caso. Si en el término de tres días contados a partir del indicado requerimiento no se

⁸⁸ Artículo 163 de la Ley 561

⁸⁹ Además: "La institución financiera será sancionada con una multa de cinco mil hasta sesenta mil unidades de multa, según la gravedad del caso, cuando en aumento de sus riesgos legal, operacional y reputacional 1) No desarrollen un Programa de Prevención del Lavado de Dinero 2) No cumplan con la obligación de reportar a la autoridad competente, según la ley de la materia, las operaciones o transacciones inusuales que sean sospechosas de constituir Lavado de Dinero - El director, gerente, funcionario, oficial de cumplimiento o cualquier otro empleado de la institución, que divulgue o informe al cliente que su transacción está siendo analizada o considerada para un posible reporte de operación sospechosa de Lavado de Dinero o que le informe que se presentó dicho reporte, será sancionado con una multa equivalente entre cuatro y ocho veces su salario mensual En el caso de los directores, la multa será entre diez y cincuenta mil unidades de multa Lo anterior es sin perjuicio de la remoción del cargo en caso de reincidencia"

convoca al organismo competente para la designación de los funcionarios removidos, el Superintendente procederá a convocarlo⁹⁰.

Es más, el Superintendente podrá dictar la Intervención, o solicitar la declaración de liquidación forzosa de la institución financiera de que se trate, por un lado, si el órgano competente no se reuniese o no tomase los acuerdos correspondientes, en un plazo de diez días, contados a partir de la fecha en la que dispuso las referidas remociones; o bien, si transcurrido un plazo de treinta días contados desde esa fecha, no hubiese modificado la situación que dio lugar a la adopción de la correspondiente medida de remoción.

Las personas que sin estar debidamente autorizadas efectúen operaciones para cuya realización la presente Ley exigiere previa autorización, serán sancionados administrativamente por el Superintendente de Bancos, con multa de diez mil a cien mil unidades de multa, y no podrán continuar ejerciendo tales negocios. Para tales efectos, la fuerza pública estará obligada a prestar a la Superintendencia todo el auxilio que fuere necesario, sin perjuicio de las responsabilidades legales en que hubieren incurrido los infractores (Art. 167 de la Ley 561).

En los casos de duda acerca de la naturaleza de las operaciones que realice cualquier empresa, entidad o persona, corresponderá al Superintendente de Bancos decidir en el término de ocho días si la realización de tales operaciones está o no sujeta a previa autorización conforme a esta Ley. En estos casos se suspenderán las operaciones investigadas hasta la resolución definitiva.

Iguals sanciones impondrá el Superintendente de Bancos a los que sin estar previamente autorizados conforme a la presente Ley, usaren como denominación o designación de sus establecimientos o negocios cuyas operaciones tuvieran semejanzas con las contempladas en la presente Ley, la palabra Banco, institución bancaria, de ahorro, de préstamo, financiera o cualesquiera otras semejantes o equivalentes, en castellano o cualquier otro idioma.

Por su parte, cuando el Superintendente de Bancos observare cualquier infracción de las leyes, reglamentos, resoluciones del Banco Central, del Fondo de Garantía de Depósitos (FOGADE) y del Consejo Directivo de la Superintendencia, así como de las órdenes, resoluciones e

⁹⁰ Artículo 166 de la Ley 561

instrucciones que dicte, o irregularidades en el funcionamiento de un banco, o recibiere de éstos documentos o informes que no corresponden a su verdadera situación y que no estuvieren previstas su sanción en la presente ley, podrá imponerle al banco sanción administrativa ajustada a la importancia de la falta, de quinientos hasta cincuenta mil unidades de multa⁹¹.

3.5.2. Destino y débito de las multas

Las multas impuestas por el Superintendente son a favor del Fisco de la República, y podrán ser debitadas de la cuenta corriente que el banco o institución sancionada tenga en el Banco Central de Nicaragua. Para tales efectos, el Superintendente de Bancos remitirá oficio al Banco Central para que proceda al débito y al crédito correspondiente en una cuenta especial transitoria en el mismo Banco Central (Art. 169 de la Ley 561).

Si el sancionado a quien se le hubiese debitado de su cuenta recurriere en contra de la resolución del Superintendente, y dicho recurso prosperare, el Superintendente instruirá al Banco Central la devolución del monto de la multa impuesta, en caso contrario, y estando firme la resolución administrativa, el Superintendente instruirá la transferencia al Fisco del monto de la multa impuesta con las especificaciones y detalles correspondientes.

Tratándose de instituciones bajo supervisión de la Superintendencia de Bancos que no tuvieren cuentas de depósito en el Banco Central, el Superintendente podrá ordenar que se debite de cualquier cuenta que la institución sancionada maneje o tenga en el sistema financiero el monto de la multa respectiva, con el fin de acreditarla en una cuenta transitoria en la misma institución, a la orden del Superintendente. En caso de recurso contra la resolución del Superintendente, se procederá conforme a lo señalado antes, en todo lo que fuere aplicable.

3.5.3. Publicación de sanciones y créditos en mora

El artículo 170 de la Ley 561 manda a que el Superintendente publique, en un diario de circulación nacional, las sanciones que impongan a directores, funcionarios y a las instituciones financieras, y la razón de

⁹¹ Artículo 168 de la Ley 561

las mismas. De igual forma, le ordena publicar los préstamos en mora a cargo de dichos directores, funcionarios y de las partes relacionadas, cuando estos últimos los tuvieran en la misma institución.

3.5.4. Reincidencia y Facultad normativa del Consejo Directivo de la SIBOIF

Por la segunda infracción sobre un hecho ya sancionado dentro de un período de 12 meses, de la misma naturaleza al de los indicados en todo lo que llevamos dicho, el Superintendente impondrá una sanción igual al doble de las unidades de multa impuesta en la primera infracción⁹².

Además, es importante no perder de vista que el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos establecerá, mediante normas generales, los montos de las multas dentro de los rangos establecidos en la Ley, de forma que se adapten a la gravedad de la falta, así como su ciclo de recurrencia.

4. El sistema de garantía de depósitos

4.1 Nociones generales

Aunque, en lo que llevamos dicho, especialmente en lo que atañe a la intervención y liquidación de las instituciones financieras, ya nos hemos referido en múltiples ocasiones al Sistema de Garantía de Depósitos, en las siguientes líneas ofreceremos algunas ideas que permitan al lector tener una visión más integral de dicho sistema.

El Sistema de Garantía de Depósitos de las Instituciones Financieras es regulado por la Ley 551⁹³, y tiene como finalidad principal garantizar la restitución de los depósitos de ahorro, depósitos a la vista y depósitos a plazo o a término, de las personas naturales o jurídicas, conforme a los procedimientos que la misma norma establece⁹⁴.

Asimismo, la Ley 551, como ya hemos estudiado, regula los procesos de intervención y liquidación forzosa de los activos de las entidades

⁹² Artículo 171 de la Ley 561

⁹³ La Gaceta Diario Oficial N° 168, del 30 de agosto de 2005 Hay que recordar que la Ley 551 fue reformada por la Ley 563, de Reforma a la Ley 551 (Gaceta No 229 del 25 de Noviembre del 2005)

⁹⁴ Artículo 1 de la Ley 551

financieras miembros del Sistema. Así, la ejecución de la intervención corresponde al Fondo de Garantía de Depósitos; incumbiendo, por su parte, el proceso de liquidación forzosa a la Unidad de Gestión y Liquidación de Activos, bajo la supervisión del Presidente del Fondo de Garantía de Depósitos.

4.2 El Fondo de Garantía de Depósitos

El Fondo de Garantía de Depósitos de las Instituciones Financieras (FOGADE), es una institución de derecho público, con competencia en todo el territorio nacional, con personalidad jurídica propia y plena autonomía funcional, presupuestaria y administrativa, de duración indefinida y con domicilio en la ciudad de Managua. Como sucede con las otras instituciones que hemos estudiado en esta unidad, “para todos los efectos legales se entiende que la personalidad jurídica del FOGADE ha existido sin solución de continuidad desde la entrada en vigencia de la Ley N° 371, de creación del FOGADE, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 21 del treinta de enero del año dos mil uno” (Art. 2 de la Ley 551).

Forman parte del Sistema de Garantía de Depósitos todas las instituciones financieras que, estando autorizadas para operar por la SIBOIF, capten recursos del público bajo la figura de depósitos en el territorio Nacional, incluyendo las sucursales de bancos extranjeros⁹⁵.

Las instituciones que forman parte del Sistema están obligadas al pago de una cuota inicial y unas primas. La cuota inicial será enterada por las instituciones financieras que obtengan autorización para operar con posterioridad a la vigencia de la Ley 551, y asciende al medio punto porcentual (0.5%) sobre el capital social mínimo establecido por la Ley General de Bancos⁹⁶, debiendo hacerse efectiva dentro de los quince días siguientes a dicha autorización para operar (Art. 24 de la Ley 551).

Por otro lado, las primas por garantía de depósitos se calcularán con base anual y su importe se distribuirá en pagos mensuales iguales. Para

⁹⁵ Artículo 4 de la Ley 551

⁹⁶ Recuérdese que hasta hace muy poco, según el artículo 17 de la LGBOIF, el capital social de un banco nacional o la sucursal de un banco extranjero no podía ser menor de doscientos millones de córdobas (C\$ 200, 000,000 00) No obstante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución CD-SIBOIF-517-1-ENE16-2008, el nuevo capital social de un banco nacional (o de una sucursal de un banco extranjero) doscientos treinta y tres millones de córdobas (C\$233,000,000 00)

establecer las mismas se tomará como base el saldo promedio mensual al cierre del ejercicio anterior de los depósitos que presente el pasivo del balance de cada entidad del Sistema, aplicando al valor resultante un porcentaje para cada una de las entidades, que determinará el Consejo Directivo al comienzo de cada ejercicio, en base a un porcentaje fijo del cero punto veinticinco por ciento (0.25 %), adicionando a dicha prima un diferencial dentro del rango del cero al punto diez por ciento (0 al 0.10%), de acuerdo al nivel de riesgo de cada institución, determinado por la SIBOIF conforme a las normas que sobre esta materia dicte el Consejo de la misma⁹⁷.

La primera fecha de pago deberá coincidir con el pago de la cuota inicial y las sucesivas el último día hábil de cada mes. El pago se realizará en la moneda en que estén constituidos los depósitos por transferencia a las cuentas respectivas, abiertas a nombre del FOGADE en el Banco Central. De no verificarse el pago en las fechas debidas, el Banco Central, de oficio, procederá a realizar el cargo contra la cuenta de encaje al momento de cierre de operaciones de dicho día (Art. 25 de la Ley 551).

En caso de que incumplan con tales obligaciones, las instituciones financieras serán sancionadas por el Superintendente de bancos con una multa de cuatro mil a cuarenta mil unidades de multa (Art. 5 de la Ley 551).

4.3 Organización del FOGADE

Las principales autoridades del FOGADE son, de una parte, el Consejo Directivo, que es el encargado de su administración; de otra, el Presidente del Consejo Directivo, quien ejercerá, entre otras atribuciones, la representación legal del FOGADE.

El Consejo Directivo estará integrado por un Presidente nombrado por el Presidente de la República, por un período de cinco años, de una terna propuesta por los organismos representativos de las instituciones que son parte del Sistema de Garantía de Depósitos⁹⁸; por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuyo suplente será el Vice-Ministro; por un miembro nombrado por el Presidente de la República a propuesta de la Asociación de Bancos Privados de Nicaragua; por un miembro

⁹⁷ Artículo 18 1 de la Ley 551

⁹⁸ Artículo 13 de la Ley 551

propietario y su suplente nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Consejo Directivo de la SIBOIF; y por un miembro propietario y su suplente nombrados por el Presidente de la República a propuesta del Banco Central de Nicaragua. Los tres últimos miembros serán electos por un período igual al del Presidente del FOGADE (Art. 9 de la Ley 551).

Para ser Presidente del FOGADE será necesario ser nicaragüense; haber cumplido 30 años y no ser mayor de 65 años; estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos; poseer un título profesional de nivel universitario; ser de reconocida honorabilidad, competencia y notoria experiencia en asuntos financieros⁹⁹.

4.4 De la garantía de depósitos

En principio, están cubiertos por la “garantía” los saldos mantenidos en concepto de depósito por personas naturales o jurídicas, tanto en moneda nacional como extranjera, en las entidades del Sistema de Garantía. Tales depósitos deberán estar debidamente registrados como pasivo en el balance de la entidad al momento de dictarse la resolución de intervención, y responder a las modalidades de depósitos de ahorro, depósitos a la vista y depósitos a plazo o a término, o a una combinación de ellas¹⁰⁰.

Según reza el artículo 31, “no están cubiertos por la garantía a que se refiere esta Ley los siguientes depósitos:

1. Los depósitos mantenidos por otras instituciones financieras.
2. Los depósitos mantenidos por Administradoras de Fondos de Pensiones, Bolsas de Valores, Puestos de Bolsa y cualquier otro inversionista institucional.
3. Los depósitos de instituciones del sector público.
4. Los depósitos de empresas o entidades jurídicas que pertenezcan al mismo grupo económico de la entidad afectada.
5. Los depósitos de directores, gerentes, administradores, representantes legales, auditores y de quienes ejerzan materialmente funciones directivas en la entidad afectada al momento de decretarse la intervención, y los que pertenecieran a sus cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad. Igual disposición aplicará a los depósitos de los accionistas y sus parientes en los mismos grados de consanguinidad

⁹⁹ Artículo 14 de la Ley 551

¹⁰⁰ Artículo 30 de la Ley 551

y afinidad establecidos anteriormente. 6. Los depósitos de personas o entidades que tengan una tasa de remuneración manifiestamente superior a las prevalecientes en dicha entidad para depósitos similares de otros depositantes. 7. Los depósitos de personas o entidades cuyas relaciones económicas con la entidad haya contribuido manifiestamente al deterioro patrimonial de la misma. 8. Los depósitos originados por transacciones relacionadas a sentencias condenatorias por la comisión de ilícitos, y, en general, los depósitos constituidos por infracción grave de normas legales o reglamentarias imputables al depositante. 9. Los instrumentos que gozando formalmente de la denominación de depósito, sean esencialmente operaciones distintas”.

Por su parte, el monto de la cobertura viene establecido en el artículo 32, de tal forma que, “cuando la Garantía de Depósitos se haga efectiva, total o parcialmente, con recursos del Sistema de Garantía de Depósitos, será de hasta un máximo por depositante, independientemente del número de cuentas que este mantenga en la entidad, de un importe en moneda nacional o extranjera, igual o equivalente al valor de diez mil dólares de Estados Unidos de América (US \$ 10,000.00) incluyendo principal e intereses devengados hasta la fecha del inicio del procedimiento de restitución”.

En el caso de depósitos mancomunados, la cuantía máxima se distribuirá a prorrata entre los titulares de la cuenta, salvo que se haya pactado una proporción distinta, adicionando en su caso la participación que resulte en el depósito mancomunado, a otros saldos que pudieran poseer a efectos de calcular la cuantía máxima de la garantía. El Consejo Directivo del FOGADE podrá establecer el procedimiento a seguir en estos casos¹⁰¹.

Por lo que hace la cobertura de las operaciones de comercio internacional, los titulares de depósitos transitorios para efectuar operaciones de comercio internacional, cuyo buen fin esté fehacientemente acreditado, gozan de una garantía por el total de su saldo, siempre que la operación tenga una efectiva contrapartida en otra entidad financiera extranjera que así lo acredite, y no se trate de depósitos excluidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de esta Ley¹⁰².

¹⁰¹ Parte final del artículo 32 LSGD

¹⁰² Artículo 33 de la Ley 551

La parte final del precepto prescribe que “Si el titular de un depósito de los mencionados en el párrafo anterior mantuviese otros saldos en la entidad afectada, se aplicará respecto de éstos lo dispuesto en el artículo anterior, sin que se compute la cuantía percibida por el depósito transitorio afecto a operaciones de comercio internacional, a los efectos de determinar la cuantía máxima que deba percibir por los otros depósitos”

CAPÍTULO IV EL CONTRATO BANCARIO

1. La operación bancaria

1.1 Noción¹

En general, en el desarrollo de su actividad los Bancos llevan a cabo una serie orgánica de uniformes e interdependientes operaciones, que suelen regirse por un conjunto de normas jurídicas de naturaleza contractual. No obstante, lo cierto es que no es la totalidad de dichas operaciones las que revisten interés para el Derecho, sino tan sólo algunas de ellas.

De hecho, aun dentro de las operaciones relevantes en sede jurídica, en nuestra exposición dejaremos a un lado el aspecto técnico – económico, con todo y que dicha faceta, buena parte del tiempo, se sobrepone a la jurídica. Prueba de tal aserto es la especial relevancia que cobra en el tráfico bancario la contabilización de las operaciones, en tanto hace referencia a la representación numérica de la relación jurídica entre el Banco y el cliente, y que, incluso, encuentra eco en el lenguaje común, con el uso habitual de expresiones tales como: “abrir una cuenta en el Banco”, en detrimento de otras, de innegable impronta jurídica, como “celebrar un contrato bancario”.

La explicación de fondo de esta preeminente perspectiva contable de la operación bancaria obedece, en primer término, a la existencia de un gran número de clientes; en segundo lugar, a las múltiples relaciones que el Banco sostiene con cada uno de éstos, y éstos entre sí a través del Banco; en último término, a la interconexión de las distintas operaciones bancarias a propósito del funcionamiento de la empresa bancaria.

Sin embargo, cuando una persona entra en relación con un Banco (y, por ende, éste le “apertura” una cuenta y “opera” con dicho Banco), al fin y al cabo estamos hablando de una relación jurídica, es decir, de un contrato. En otras palabras, “tener una cuenta en un Banco” no puede significar otra cosa que el establecimiento con éste de determinadas relaciones contractuales.

¹ GARRIGUES, Contratos Bancarios, cit , págs 25 y ss

Por todo ello, el estudio jurídico de las operaciones bancarias no puede ser otra cosa, como se ha dicho en fórmula contundente, que “el estudio de los negocios jurídicos bancarios y de las relaciones que de esos negocios contractuales se derivan”.

2. El contrato bancario

2.1 Noción y caracteres del contrato bancario

Ya hemos dejado insinuado que el contrato bancario es el esquema jurídico de la operación bancaria. En tal sentido se ha dicho que “contrato bancario es todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria”².

Hilando un poco más fino, es posible sostener que contrato bancario es aquél que se inserta y mediante el que se desenvuelve la actividad típica y específica de intermediación en el crédito. De tal forma que, ni todos los contratos concertados por las entidades de crédito han de ser bancarios, ni todos los utilizados por dichas entidades para el desarrollo de su actividad (por ejemplo los contratos que posibilitan el uso de la tarjeta de crédito) son de utilización exclusiva por aquéllas. En conclusión, contrato bancario es aquel que celebra una entidad de crédito en el desarrollo de su actividad característica³.

A pesar de la gran diversidad de contratos bancarios existentes, es posible destacar algunos caracteres comunes a la gran mayoría de los contratos bancarios: 1. Se trata de contratos de empresa, y por ende son negocios jurídicos mercantiles. 2. La mayoría de ellos son contratos atípicos, legislativamente hablando, aunque dotados de tipicidad negocial y social, jugando aquí “los usos” un papel destacado en la materia. 3. Es común la utilización de “condiciones generales”, generalmente impuestas por el Banco, para la celebración de dichos negocios. 4. Suelen ser contratos de duración e intuitu personae, que vinculan muy estrechamente a las partes y, por ende, en los que cumplen una función esencial las exigencias de la buena fe que, lógicamente, son el fundamento de ciertos deberes o prestaciones accesorias que se integran en el contenido específico de cada uno de los contratos bancarios. Aquí nos referimos, en primer término, al deber de documentación y contabilización que tienen las entidades de crédito, en razón de las relaciones que desarrollan con cada uno de

² GARRIGUES, Contratos Bancarios, cit , pág 31

³ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 503

sus clientes. Además, el deber de secreto (o sigilo bancario), consistente en la no revelación de los datos que conozcan las entidades de crédito como consecuencia de las relaciones establecidas con ellas. Con todo, existen algunos casos en que el deber de secreto debe ceder en aras de otros intereses preferentes, verbigracia: para prevenir la utilización de fondos ilícitos⁴.

2.2 Clasificación de los contratos u operaciones bancarias

Son múltiples los intentos para sistematizar la ingente variedad de contratos u operaciones bancarias. En tal sentido se han articulado las más variopintas clasificaciones: contratos u operaciones fundamentales o típicas y atípicas o neutras⁵; contratos u operaciones esenciales y colaterales; contratos u operaciones bancarias fundamentales y accesorias⁶; entre otras.

⁴ CORTÉS, op cit , pág 504 y s

En relación al sigilo bancario deben seguirse muy de cerca las disposiciones contenidas en los artículos 113 y 114 de la LGBOIF:

Art 113 LGBOIF “Los bancos y demás instituciones reguladas no podrán dar informes de las operaciones pasivas que celebren con sus clientes, sino, según fuere el caso, a sus representantes legales, o a quienes tengan poder para retirar los fondos o para intervenir en la operación de que se trate, salvo cuando lo autorice expresamente el cliente, o cuando lo pidiese la autoridad judicial en virtud de causa que estuviere conociendo, mediante orden escrita en la que se debe expresar dicha causa respecto a la cual este vinculado el depositante, ahorrador o suscriptor. En caso de fallecimiento del depositante podrá suministrársele información al beneficiario, si lo hubiere

Quedan exceptuados de estas disposiciones 1 Los requerimientos que en esa materia demande el Superintendente de Bancos. Asimismo, el Superintendente está facultado para procesar información en materia de legitimación de capitales conforme lo dispongan las leyes y los tratados internacionales 2 La información que soliciten otras empresas bancarias como parte del proceso administrativo normal para la aprobación de operaciones con sus clientes 3 Las publicaciones que, por cualquier medio, realicen los bancos de los nombres de clientes en mora o en cobro judicial, así como de aquellos clientes que libren cheques sin fondo 4 La información que se canalice a través de convenios de intercambio y de cooperación suscritos por el Superintendente con autoridades supervisoras financieras nacionales o de otros países 5 Las otras excepciones que contemple la ley

Ninguna autoridad administrativa, exceptuándose a la Superintendencia, podrá solicitar directamente a los bancos, información particular o individual de sus clientes bancarios. Las operaciones activas y de prestación de servicios que los bancos celebren con sus clientes están sujetas a reserva y solo podrán darse a conocer a las autoridades e instituciones indicadas en los numerales anteriores”

Art 114 LGBOIF “Los funcionarios y empleados de los bancos serán responsables, de conformidad con la Ley, por la violación del sigilo que se establece en el artículo anterior. En el caso de violación, los bancos y empleados o funcionarios responsables estarán obligados solidariamente a reparar los daños y perjuicios que se causen”

⁵ Así RODRÍGUEZ—AZUERO, Contratos bancarios. Su significación en América Latina, cit , pág 112

⁶ Vid MOLLE, Manual de Derecho Bancario, cit , pág 114

Empero, la clasificación que ha sido más aceptada es la que parte de la idea de que la operación bancaria por excelencia es el contrato u operación de crédito. Así, las se clasifican atendiendo al sujeto que concede el crédito: contratos u operaciones activas (el crédito es concedido por el Banco al cliente); contratos u operaciones pasivas (el cliente concede crédito al Banco) y contratos u operaciones neutras (no hay concesión de crédito por ninguna de las partes)⁷.

Esta clasificación ha sido cuestionada, entre otros, por HAMEL, quien señala que adolece de falta de equilibrio, ya que mientras el Banco coloca su crédito a través de incontables procedimientos, que la experiencia práctica no para de desarrollar y enriquecer, los fondos que la clientela pone a disposición del banquero se reconducen, básicamente, a diversas formas de depósito bancario. Por su parte, GRECO también ha dicho que los sinalagmáticos son contratos simultáneamente activos y pasivos (en tanto suponen mutuas contraprestaciones recíprocas), sin perjuicio de que los unilaterales (verbigracia el mutuo y el depósito) se muestran activos o pasivos, según se contemplen desde la posición de uno u otro contratante, es decir, será activo para el Banco si da algo en préstamo y, por otra parte, será pasivo para el Banco si recibe algo en préstamo⁸.

No parece lógico acoger dichas críticas ya que parecen perder de vista que la clasificación a la que se ha hecho alusión atiende, precisamente, al Banco como punto de referencia, de modo que es improbable que una misma operación sea a la vez activa y pasiva⁹.

La clasificación de la que venimos tratando ha tenido gran eco entre los juristas porque se funda en un criterio jurídico y no económico, que facilita el encuadramiento sistemático de todas las operaciones bancarias. Por ello, dentro de los contratos u operaciones activas se ha venido encuadrando, tradicionalmente, al préstamo, al contrato de apertura de crédito y al descuento; dentro de los contratos u operaciones pasivas se incluyen al depósito irregular; la emisión de billetes al portador y el redescuento; finalmente, pertenecen a los contratos u operaciones neutras la cuenta corriente bancaria, las operaciones de mediación y las operaciones de custodia (en sentido estricto)¹⁰.

⁷ Vid por todos AURIOLES MARTÍN, Adolfo, "Aspectos generales de la contratación bancaria" en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A, Barcelona, 2000, pág 454

⁸ GARRIGUES, Contratos Bancarios, cit, págs 29 y s

⁹ Así GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, cit, págs 161 y s

¹⁰ GARRIGUES, Contratos Bancarios, cit, págs 30 y s

En sede eminentemente económica, el banco obtiene un beneficio consistente en la diferencia existente entre el interés que paga en la operación pasiva y aquél que obtiene en la operación activa; además, por lo que atañe a los contratos u operaciones neutras, la retribución del Banco no es otra que una comisión o premio de carácter fijo o personal, según el tipo de operación de que se trate¹¹.

No obstante, esta clasificación tradicional de las operaciones bancarias ha venido a ser puesta, nuevamente, en entredicho. En primer lugar, porque tanto la noción de colocación o inversión como la de captación de recursos son exageradamente genéricas, y, obviamente, podrían comprender a todas las operaciones realizadas por las entidades de crédito, lo que vendría a desbordar la extensión propia del concepto. En segundo lugar, porque, hoy en día, los servicios bancarios no pueden comprenderse bajo el concepto marginal y genérico de “contratos u operaciones neutras o accesorias”, de hecho, cada vez más, éstos representan una parte sustancial de las operaciones bancarias, sin perjuicio de que representan realidades muy diversas y, sobre todo, buena parte del tiempo, suponen la satisfacción de necesidades generales o colectivas, especialmente por lo que atañe al sistema general de pagos¹².

Es por todas esas razones que la moderna doctrina propone hablar de: contratos u operaciones de financiación; contratos u operaciones de captación de pasivos y de servicios bancarios (de pago, de custodia, de garantía y otros –verbigracia de inversión-) ¹³. Es precisamente esta clasificación la que nosotros acogemos en el presente trabajo, atendiendo a las razones antes expuestas.

3. Los privilegios bancarios

La especial importancia de la actividad que desarrollan las instituciones bancarias, que ha llevado incluso a más de algún autor a afirmar que se trata de un verdadero “servicio público”¹⁴, justifica, en alguna medida, que el legislador nicaragüense haya establecido en favor de dichas instituciones alguna normas de excepción que se conocen como “privilegios” bancarios.

¹¹ GARRIGUES, op cit , pág 31

¹² CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , págs 503 y s

¹³ CORTÉS, op cit , pág 504

¹⁴ DÁVALOS MEJÍA, Derecho bancario y contratos de crédito, cit , págs 478 y ss

En tal sentido, la Ley 561, en su artículo 59, prevé que en las obligaciones a favor de todo banco regirán las siguientes disposiciones de excepción:

1. La mora se producirá por el solo hecho del vencimiento del plazo estipulado, sin necesidad de requerimiento de ninguna especie.
2. El plazo de un préstamo no se entenderá prorrogado por el hecho de recibir abonos al principal o a los intereses insolutos o por continuar recibiendo los intereses pactados después del vencimiento, salvo cuando la institución bancaria no haya suministrado los fondos en el tiempo estipulado en el contrato, sin mediar justificación alguna, previa comprobación del Superintendente de Bancos.
3. La solidaridad de los deudores y fiadores subsistirá hasta el efectivo y total pago de la obligación aunque medien prórrogas o esperas, salvo respecto de aquel en cuyo favor fuere expresamente remitida.
4. Los créditos otorgados por los bancos serán indivisibles y en caso de sucesiones los herederos o legatarios respectivos serán considerados como solidariamente responsables del crédito del causante, dentro de los alcances respectivos según el derecho común.
5. Toda fianza se entenderá solidaria y si los fiadores fueren varios, responderán todos solidariamente entre sí.
6. La cesión de derechos que realice un banco se considerará como perfecta sin necesidad de notificarla al deudor.
7. Todo préstamo otorgado por los bancos que no estuviere sujeto por la Ley a reglas especiales de excepción, se considerará como mercantil y sujeto a las disposiciones del Código de Comercio. Los pagarés se considerarán como pagarés a la orden cualquiera que fuera la forma de su redacción.
8. El precepto establecido anteriormente se aplicará en todo su alcance, excepto al lapso señalado para prescribir en que cada obligación, según la naturaleza propia del documento en que conste, se regirá por el Código de Comercio, por el Código Civil o por la Ley General de Títulos Valores, según corresponda.
9. No se insertarán en las escrituras públicas los poderes de los que comparezcan actuando en representación de los bancos. Bastará que el notario en dichas escrituras indique su inscripción en el Registro Público Mercantil, dando fe de que tal poder confiere al apoderado facultades suficientes para otorgar el acto de que se trata. Esta disposición regirá también para todo acto notarial que otorguen los bancos. El privilegio conferido en este inciso es extensivo a todas las instituciones a que se refiere la presente Ley.
10. La prenda podrá preconstituirse sobre los bienes a adquirirse o a producirse con los fondos del préstamo, en el mismo contrato en que éste se conceda, aún cuando las sumas prestadas no cubran el valor total de dichos bienes. Para los fines de identificación de los bienes pignorados, se estará a los datos consignados en los documentos que acrediten la inversión en los

inventarios contables o a los datos comprobados en inspecciones hechas por los bancos acreedores. En estos casos y cuando proceda, bastará para todos los efectos legales, la inscripción en los Registros correspondientes del contrato constitutivo del adeudo. 11. La garantía de prenda industrial sobre materias primas o sobre productos semi-elaborados transcenderá a los productos elaborados o manufacturados. Sin embargo, éstos podrán ser objeto de tráfico y comercio dentro del plazo del préstamo, quedando el deudor obligado a sustituir constantemente las materias o productos pignorados, para que la garantía tenga un carácter de permanencia por ficción legal. 12. La prenda sobre cualquier tipo de inventario podrá ser objeto de tráfico y comercio dentro del plazo del préstamo, quedando el deudor obligado a sustituir constantemente los bienes pignorados para que la garantía tenga un carácter de permanencia por ficción legal. Podrá constituirse prenda comercial sobre bienes muebles de cualquier naturaleza distintos de los adquiridos con el financiamiento otorgado por el banco, siguiendo el mismo procedimiento que establece la Ley de Prenda Comercial. 13. El cartel de subasta que hubiere de publicarse a causa de cualquier tipo de acción ejecutiva que intenten los bancos y la solicitud de nombramiento de guardador ad-litem, en su caso, podrá ser publicado en un diario de circulación nacional y sus efectos serán los mismos como si hubiere sido publicado en La Gaceta, Diario Oficial. 14. Los requerimientos de pago que tuvieren que efectuar los bancos, en cualquier tipo de juicio ejecutivo, podrán ser efectuados por el notario que designe el banco en su escrito de demanda. 15. En caso de prenda comercial, los bancos podrán embargarla o solicitar al depositario su entrega. Si al momento de la adjudicación el bien pignorado no cubre el monto adeudado, el banco podrá perseguir cualquier otro bien del deudor. 16. En las acciones ejecutivas que intenten los bancos no será necesario efectuar el trámite de mediación al que se refiere el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otra parte, el artículo 60 de la Ley dispone que “las acciones ejecutivas que tuvieren que ejercitar los bancos quedarán sujetas a las disposiciones de los artículos siguientes y, en lo que no fuere previsto, a las disposiciones del derecho común”¹⁵.

¹⁵ Embargos de Garantías Prendarias Artículo 61 LGBOIF “Los embargos practicados sobre bienes en garantía prendaria a un banco no afectarán en forma alguna a los privilegios que en este capítulo se confieren al acreedor bancario, el cual podrá ejercerlos plenamente en cualquier momento y el Juez deberá atenderlos con el sólo pedimento legal del banco -

Esta disposición rige con igual amplitud respecto al producto resultante en numerario o en otra forma de pago por la realización de los bienes pignorados, así como al resultante de indemnizaciones correspondientes conforme a la ley”

Venta Judicial de la Prenda Procedimiento Artículo 62 LGBOIF “Vencido el plazo de un préstamo hecho con garantía prendaria, los bancos podrán pedir judicialmente la venta de la prenda para ser pagados con el producto de ella, salvo pacto en contrario El juez oírán en el término de cuarenta y ocho horas al deudor y con su contestación o sin ella, ordenará la venta al martillo de la prenda de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones siguientes 1 En la subasta sólo se admitirán posturas en efectivo o con cheques librados por bancos 2 Las ventas al martillo no podrán suspenderse y las especies se rematarán definitivamente en el mejor postor, cualquiera que sea el monto del precio ofrecido; pero si llegada la hora de cerrar el acto, continuara la puja sin interrupción, el Juez no la clausurará hasta que ésta termine con la mayor oferta que se pueda obtener 3 En los casos a que se refieren los ordinales anteriores, no se admitirán tercerías, incidentes ni excepciones, ni se suspenderá su curso por insolvencia, concurso o quiebra, suspensión de pagos, muerte, incapacidad o ausencia del deudor Excepto cuando se trate de pago comprobado en documento auténtico, el Juez con noticia del acreedor y sin más trámite dará por concluida la ejecución y archivará los autos 4 Si el acreedor impugna la eficacia del documento auténtico de pago, al dársele noticia de él, conservará sus derechos para ventilarlos después en juicio ordinario 5 Las resoluciones que se dictaren en los procedimientos a que se refieren los ordinales que preceden, serán apelables por el acreedor en el efecto devolutivo, salvo que pidiere se le admita en ambos efectos; el deudor podrá apelar solamente de aquellas que no se contrajeran a medidas tendientes a la realización de los bienes pignorados, y en tal caso su apelación será admisible sólo en el efecto devolutivo 6 Realizada la venta judicial de los objetos dados en prenda, podrá el deudor hacer valer, en la vía ordinaria, los derechos que le asistan a causa de la ejecución, si hubiese hecho reserva al respecto en cualquier estado del procedimiento antes de la subasta Este derecho caducará si el deudor no entablara el correspondiente juicio dentro de ocho días después de efectuada la venta”

Embargo de Garantía de Facturas por Cobrar Artículo 63 LGBOIF “Si la garantía consistiere en facturas por cobrar, los bancos harán el cobro directamente por cuenta del deudor y si consistiere en facturas de mercaderías por recibir, recibirán éstas, las conservarán en prenda y procederán a rematarlas, llegado el vencimiento de la obligación en los términos del artículo anterior”

Embargo de Garantía de Artículos Deteriorables Artículo 64 LGBOIF “Si los efectos dados en garantías fueren artículos de fácil deterioro y se temiere que aquel ocurra se solicitará un dictamen de dos peritos nombrados por el Juez, quienes en un plazo no mayor de 48 horas, emitirán su dictamen Una vez vencido dicho plazo, salvo que hubiese un dictamen desfavorable, se procederá inmediatamente a la venta de la prenda como si el plazo del préstamo se hubiese vencido, en la forma que establece el artículo 62 de esta Ley El deudor no obstante, podrá hacer uso del derecho que le confiere el artículo 3741 del Código Civil”

Embargo de Valores Mobiliarios Artículo 65 LGBOIF: “Si la prenda consistiere en valores mobiliarios, se transferirán éstos al banco, por medio de endoso “en garantía” al celebrarse el contrato que fuera objeto de ésta, y el interesado recibirá del banco un resguardo con el fin de hacer constar el objeto de la transferencia Si se trata de acciones o títulos nominativos, se dará aviso a la institución emisora para que no haga ningún traspaso de ellos El acta de remate, en su caso, servirá de título para poder convertir el endoso “en garantía” en endoso definitivo, o para transferir la propiedad si se hubiese omitido el endoso “en garantía””

Caso de la Garantía Hipotecaria Artículo 66 LGBOIF “Si los préstamos otorgados por los bancos tuvieren garantía hipotecaria y el deudor faltare a cualquiera de las obligaciones contraídas por virtud de la ley o por el contrato respectivo, los bancos acreedores podrán requerir judicialmente al deudor para que cumpla sus obligaciones dentro del plazo de 30 días, si el deudor no lo hiciere, los bancos, a su elección, podrán solicitar la tenencia y administración del inmueble hipotecado o proceder ejecutivamente a la realización de la garantía

En el caso de obligaciones de pago, una vez transcurrido el plazo de quince (15) días desde el requerimiento de pago sin que el deudor lo hubiere efectuado, el Juez decretará ejecutivamente la entrega al banco de la tenencia y administración de los inmuebles hipotecados con la sola presentación del título de crédito debidamente registrado, pudiendo no obstante el banco continuar o suspender su acción judicial para el pago, según crea conveniente

En virtud de la tenencia y administración el banco percibirá las rentas, entradas o productos de los inmuebles y, una vez cubiertas las contribuciones, gastos de administración y demás gravámenes de preferencia, aplicará el sobrante al pago del interés y amortización del préstamo. Si la obligación del deudor consistiere en pagar intereses y cuotas fijas de amortización, el banco después de hacerse pago con los productos de los inmuebles, de los intereses y cuotas vencidas, deberá entregar el saldo que resultare al deudor

En cualquier tiempo que el deudor pague las cantidades debidas, le será devuelto el inmueble gravado. Los gastos que el banco hubiese tenido que hacer en las diligencias judiciales y en la administración de los inmuebles hipotecados, serán cargados al deudor como gastos preferenciales con el interés respectivo que cobre el banco para sus préstamos”

Terceros Poseedores Artículo 67 LGBOIF “Cuando los bienes hipotecados hubiesen pasado a tercer poseedor por cualquier título, éste se constituirá en verdadero codeudor del banco respectivo para todos los efectos legales

En consecuencia, los juicios y acciones singulares ejecutivos que se entablen, se iniciarán o seguirán su curso, aún cuando se dirigieren contra el tercero, como si correspondieren directamente a éste, pues el tercer poseedor, para el cumplimiento de las obligaciones a favor del banco, quedará sujeto a todas las disposiciones establecidas en la presente Ley

Los juicios y acciones a que se ha hecho referencia pueden, a elección de los bancos, ser dirigidos contra el deudor original, contra el tercero o contra ambos según convenga a sus intereses” **Administración de Bienes Hipotecados** Artículo 68 LGBOIF “En el caso de que un banco asumiere la administración de los inmuebles hipotecados de acuerdo con el artículo 66 de esta Ley, estará facultado para practicar por cuenta del deudor todas las reparaciones que considere necesarias en los bienes hipotecados, para pagar impuestos y para cualquier otra medida conducente a la conservación de las propiedades, igualmente estará facultado para exigir inmediatamente la desocupación del inmueble a quienes lo ocuparen, salvo que mediare contrato de locación o aparcería aceptado por el banco o celebrado en escritura pública e inscrito con anterioridad a la hipoteca. Durante el tiempo que dure la administración del inmueble se entenderá que no existe relación laboral entre el banco y los trabajadores del deudor”

Derecho de Ejercer la Acción Personal Artículo 69 LGBOIF: “Los bancos podrán entablar contra sus deudores, además de la acción hipotecaria procedente del contrato de hipoteca, la acción personal que se deriva del contrato de préstamo con arreglo a las leyes comunes, en lo que no fuere previsto en esta Ley”

Facultad para Designar Depositarios Artículo 70 LGBOIF “En las ejecuciones que intentaren los bancos o en diligencias judiciales solicitadas, corresponderá a estas instituciones el derecho de designar depositarios de los bienes que se embarguen, así como del derecho de designar nuevos depositarios en sustitución de los primeros. Los bancos si lo tienen a bien, podrán asumir las funciones de depositario y administrar dichos bienes, por cuenta y riesgo del deudor, con las facultades que les reconoce el artículo 66 de esta Ley, en cuanto sea aplicable”

Cuándo se Admiten las Tercerías Artículo 71 LGBOIF “En dichas ejecuciones no se admitirán tercerías de prelación ni de pago, cualesquiera que fueren los títulos en que se funden, si fueren posteriores a la escritura de hipoteca. No se admitirán tampoco terceros

coadyuvantes, sin que se presente igualmente el documento público correspondiente, ni tercera excluyente de dominio si no se presentare el título legal de la propiedad, inscrito con anterioridad a la hipoteca y admisible conforme el derecho común”

Prioridad de los Embargos Artículo 72 LGBOIF “Los embargos que los bancos solicitaren sobre propiedades hipotecadas a su favor, no podrán nunca ser pospuestos a los que solicitare otro acreedor que fuere de grado inferior, ejecutándose y llevándose a cabo el depósito en la persona que indiquen los bancos a pesar de cualquier otro embargo ejecutado anteriormente. Lo dicho en este artículo debe entenderse sin perjuicio de la prelación que legalmente corresponda a los créditos para su pago”

Renuncia Tácita Artículo 73 LGBOIF “En las obligaciones hipotecarias a favor de los bancos se entenderá siempre que el deudor renuncia a los trámites del juicio ejecutivo, salvo que se estipulare lo contrario”

Adjudicación por Falta de Postores Artículo 74 LGBOIF “Si no hubiere postores en el remate, el acreedor bancario podrá pedir que se le adjudiquen los inmuebles por el capital, los intereses y las costas, y, si los hubiere, tendrá el derecho de tanteo mientras las posturas no cubran el crédito. En ambos casos la adjudicación deberá decretarse por el Juez. Si el acreedor bancario no hiciere uso de la facultad que le concede este artículo ni hubiere posturas, se hará nueva designación de día para remate de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil”

Posturas que no se Tomarán en Cuenta Artículo 75 LGBOIF “No se tomarán en cuenta las posturas que no fueren hechas en forma similar a la establecida en el numeral 1) del artículo 62 de la presente Ley, para el caso de prenda, salvo que expresamente el acreedor bancario aceptare otra forma de hacerla, en general o en relación a determinado postor”

Escritura de Venta o Adjudicación Artículo 76 LGBOIF “Verificado el entero conforme al remate, se procederá al otorgamiento de la escritura de venta a favor del rematante o de adjudicación a favor del acreedor bancario. El juez pasará los documentos respectivos al notario que designe el rematante o el acreedor bancario, en su caso, para que autorice la escritura, señalando al propio tiempo, al deudor el término de tres días para que otorgue la expresada escritura. Si pasado este término, no lo hubiese hecho, lo hará el Juez. Un la escritura se insertará solamente el acta de remate, sirviendo la certificación de los asientos correspondientes del Registro Público como título bastante para hacer el traspaso”

Cancelación de Hipotecas y otros Derechos Reales Artículo 77 LGBOIF: “Toda segunda o posterior hipoteca que tuviere el inmueble, se cancelará al inscribirse la escritura a que se refiere el artículo anterior, si el acreedor respectivo hubiese sido citado en el juicio. Se cancelarán también las inscripciones de anticresis, arrendamiento, servidumbre, usufructo, uso, habitación, anotación o embargo y traspasos o desmembraciones del inmueble, posteriores a la fecha de la inscripción de la hipoteca”

El saldo del precio si lo hubiere, se depositará de oficio en un banco a la orden del juzgado respectivo para que el Juez efectúe con dicho saldo el pago a otros acreedores, en el orden de prelación de los créditos o lo devuelva al deudor en su caso”

Caso de Quiebra o Concurso Artículo 78 LGBOIF “En los casos de quiebra y de concurso de acreedores, las ejecuciones entabladas por los bancos no se acumularán al juicio general y sólo se llevará a la masa del concurso el sobrante del valor de los inmuebles hipotecados, una vez cubierto el acreedor bancario de su capital, intereses, gastos y costos”

Derecho de Repetir Artículo 79 LGBOIF “El acreedor bancario podrá repetir por el saldo insoluto, en los términos de las leyes comunes”

Por tratarse de materia adjetiva, hemos de dejar el estudio pormenorizado de tales normas para un esfuerzo posterior, no obstante, nos parece conveniente dejar constancia en este apartado de la norma prevista en el artículo 83 de la Ley 561, donde se prevé que “las letras de cambio, los pagarés a la orden y todos los documentos privados que se encuentren en poder de un banco como consecuencia de operaciones de crédito para los que esté autorizado, traen aparejada ejecución sin necesidad de previo reconocimiento judicial, si reunieren los requisitos que exigieren las leyes y si además, en el caso de la letra de cambio, mediar el protesto respectivo”.

Exención de Fianza Artículo 80 LGBIF “En ningún procedimiento prejudicial o judicial, el acreedor bancario estará obligado a dar fianza en los casos en que la ley prescribe el otorgamiento de tal garantía”

Cobro de Hipotecas Posteriores al Primer Grado Artículo 81 LGBIF “Para el cobro de créditos garantizados con hipotecas que no fueren de primer grado o de créditos sin garantía real, regirán las disposiciones de este Capítulo en lo que fueren aplicables”

Obligación de Citar a los Bancos Artículo 82 LGBIF “No se podrá proceder, bajo pena de nulidad, al remate de ningún inmueble hipotecado a un banco, sin citar previamente a éste por lo menos con seis días de anticipación a la fecha señalada, no obstante los emplazamientos legales”

Documentos que traen Aparejada Ejecución Artículo 83 LGBIF “Las letras de cambio, los pagarés a la orden y todos los documentos privados que se encuentren en poder de un banco como consecuencia de operaciones de crédito para los que esté autorizado, traen aparejada ejecución sin necesidad de previo reconocimiento judicial, si reunieren los requisitos que exigieren las leyes y si además, en el caso de la letra de cambio, mediar el protesto respectivo”

Juez Competente Artículo 84 LGBIF “Será Juez competente en todo caso, para conocer en diligencias prejudiciales y acciones ejecutivas que entablaren los bancos, el Juez que determine la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás normas del derecho común”

Derecho Bancario Artículo 85 LGBIF “Todos los derechos y privilegios conferidos en este Capítulo, deberán considerarse como parte integrante del derecho bancario, de manera que perjudicarán a terceros, aunque no se consignaren expresamente en los contratos o en los Registros Públicos competentes”

CAPÍTULO V

CONTRATOS DE FINANCIACIÓN

1. Noción y clases

Formando parte de la categoría abaricante conocida como operaciones de activo, a saber, aquéllas que tienden a la colocación e inversión de los recursos con los que cuentan las entidades bancarias (por ejemplo, la adquisición de acciones de otra sociedad), vienen a situarse las llamadas “operaciones de financiación”, o sea, aquellas operaciones por las que las entidades financieras conceden, precisamente, crédito a terceros, en condiciones negociadas de forma conjunta y sin que medie la suscripción o adquisición de valores por parte de dichas entidades financieras¹.

Estos contratos de financiación, que se corresponden con lo que la doctrina tradicional ha venido denominando operaciones activas, pueden, a su vez, clasificarse de conformidad con varios criterios: 1. Las operaciones de “crédito consuntivo” o “de consumo”, que tienden a la satisfacción de necesidades de naturaleza personal o familiar; en contraposición a las operaciones de “crédito productivo” o empresarial, que a su vez se subclasifican en aquéllas de “explotación o circulante” o bien de “inversión”, según se destinen a uno u otro tipo de financiación. 2. También suele hablarse de operaciones con el “sector público” y con el “sector privado y el exterior”, según el sector al que se destinan los recursos. 3. Es posible hablar de operaciones con “moneda propia o local” y con “divisas extranjeras”, en alusión al tipo de moneda que se utiliza. 4. Atendiendo al plazo de vencimiento para la restitución de los recursos, se distingue entre operaciones “a corto”, “medio” y “largo” plazo, según se trate de operaciones de hasta un año; entre uno y tres años; y más de tres años (conviene comentar aquí que háy autores que cifran la barrera del medio y largo plazo, respectivamente, entre uno a cinco años y más de cinco años)².

Finalmente, la doctrina más autorizada prefiere abordar el estudio de los contratos de financiación en función de la naturaleza de las particulares operaciones que integran dicha categoría. Así, se ocupan de los tradicionales contratos de “mutuo o préstamo bancario”; de “apertura de crédito”; y de “descuento”. Junto a éstos se han venido a

¹ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 505

² CORTÉS, op cit , ibidem os o en los Registros Públicos competentes”

colocar, más recientemente, los contratos de “arrendamiento financiero (Leasing)”; de “factoraje (Factoring)” y los que posibilitan el uso de la “tarjeta de crédito”.

2. Contrato de mutuo o préstamo bancario

2.1 Apreciación general del contrato de mutuo

No es posible emprender el estudio del contrato de préstamo bancario (que es una especie sui generis del contrato de préstamo mercantil) sin llamar la atención sobre la doble regulación (civil y mercantil) del préstamo, en tanto que el Código de Comercio da por sabida su definición y contenido obligacional, por lo que se dedica, en el Título VIII del Libro II, a señalar las particularidades que tiene en el ámbito mercantil.

Como ya es sabido el Código Civil distingue entre el mutuo o préstamo de consumo (3390 C.)³ y el comodato o préstamo de uso (3416 C.)⁴. De hecho, el carácter substancialmente gratuito del comodato lo ha mantenido alejado de la regulación mercantil; aunque tampoco debe olvidarse que también el préstamo “puede ser gratuito u oneroso” (3393 C.), lo cual ha permitido calificar, al menos en sede civil, a uno y a otro como “contratos de beneficencia”, en el sentido de que ambos tienden especialmente a la satisfacción del interés de quien recibe el objeto prestado, sin que en todos los casos quien se beneficie de la prestación tenga una obligación de retribuirla⁵.

Con todo, el préstamo de consumo o mutuo, en sus variopintas modalidades, ha campado desde antaño en la vida del comercio y de la empresa, en razón de lo cual no es extraño que el Código de Comercio lo disciplinara, situación que nos obligará, de previo, a determinar las circunstancias que deben concurrir para calificar a un préstamo como mercantil o civil.

³ Art 3390 C “Habrá mutuo o préstamo de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”

⁴ Art 3416 C “Habrá comodato o préstamo de uso cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz con facultades de usarla”

⁵ MORÁN BOVIO, David, “El contrato de Préstamo Mercantil” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A , Barcelona, 2000, pág 397

Adicionalmente, en tanto que la financiación crediticia ha sido objeto preferente de entidades especializadas, el contrato de préstamo, civil o mercantil, ha sido relegado por el “préstamo bancario”, o sea, por una operación de financiación que, reuniendo los caracteres propios de los negocios bancarios, forma parte de la actividad propia de las entidades financieras. Esta operación ha adquirido una configuración particular que permite hablar de un “tipo especial” que se diferencia del préstamo general, aunque, eso sí, comparte con éste algunas características que estudiaremos en su oportunidad, y que pueden aplicarse con carácter subsidiario para el contrato de depósito irregular y para buena parte de los contratos bancarios de financiación⁶.

2.2 Notas definitorias y caracteres del préstamo mercantil y del préstamo bancario

Una vez acogido el sistema de regulación del préstamo por partida doble, el Código de Comercio ofrece las características del préstamo mercantil. Así, el artículo 486 Cc. exige dos condiciones: cuando éste se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas a este (criterio teleológico); o bien que se contrae entre comerciantes, así como los que se hacen por los bancos e instituciones de crédito (criterio personal).

Ambos criterios son reprochables, en primer lugar, porque el legislador ha sido incapaz de articular un “criterio subjetivo” (mucho menos un criterio de índole “objetiva”) lo suficientemente omnicompreensivo para delimitar la materia mercantil, de tal forma que, una vez más, recurre, en ocasiones, a la inclusión de un “comerciante” (bancos o instituciones de crédito) para delimitar dicha materia, y, peor aún, de dos comerciantes (“que se contrae entre comerciantes”) para calificar al préstamo como mercantil.

Adicionalmente, cuando el Código impone un “criterio teleológico”, esto viene a significar que sólo es posible calificar como mercantil al préstamo una vez que las cosas objeto del negocio se destinan por el mutuuario al fin descrito, opción que no está exenta de dificultades, especialmente cuando se requiere calificar al préstamo en el momento de su celebración, ya que todavía no es posible determinar cuál es el destino de las cosas prestadas.

⁶ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , págs 506 y s

Como puede observarse, nuestro Código presume el carácter mercantil del contrato de préstamo en el que intervienen los “bancos e instituciones de crédito”. A esto habrá que agregar el sentir de la Ley 561, cuando en su artículo 53 prescribe que “los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: 1. Otorgar créditos en general, sea en moneda nacional o extranjera y cobrarlos en la misma moneda en que se otorgaron...”.

Ahora bien, por lo que hace a las características del contrato de préstamo mercantil, buena parte de la doctrina se decanta por afirmar que: 1. Se trata de un negocio jurídico real, que requiere, necesariamente, para su perfección la entrega de la cosa. 2. Es contrato unilateral, en tanto sólo genera obligaciones para el prestatario^{7 8}. 3. Es traslativo de dominio, de modo que el prestamista pierde la titularidad dominical del bien, a favor del prestatario; para adquirir, en cambio, un derecho de crédito al tantumdem⁹. 4. Es un contrato no formal, “pero no podrá probarse sino por instrumento público o por instrumento privado de fecha cierta si el empréstito pasa del valor de cien pesos”¹⁰.

No obstante, la moderna doctrina señala que, por lo que respecta al préstamo bancario, éste se ha terminado ajustando a las exigencias de la moderna financiación crediticia, de modo que, al menos en el tráfico jurídico bancario, el contrato se termina configurando como consensual y sinalagmático. Tal afirmación encuentra carta de naturaleza en el hecho de que lo habitual es que la entidad financiera no entregue de forma previa o coetánea el dinero objeto del préstamo, sino más bien lo “ponga a disposición” del cliente a través del mecanismo de la acreditación a su favor de la cantidad pertinente, en la cuenta de la que éste es titular¹¹.

Otra característica de los préstamos bancarios es la que atañe a la forma, dado que dicha operación, en todo caso, se documenta por escrito y, es más, la mayor parte del tiempo es autorizada por Notario en escritura pública¹².

⁷ Cabe destacar que nosotros, en otra obra, hemos defendido el carácter sinalagmático del contrato de préstamo (véase GUZMÁN GARCÍA, Jairo José y HERRERA ESPINOZA, Jesús Juseth, Contratos Civiles y Mercantiles, edición a cargo de Henry Román Urbina Blanco, Managua, 2006), por lo que aquí sólo nos limitamos a mencionar la posición sostenida por un sector importante de la doctrina

⁸ CHULIÁ, Francisco Vicent, Introducción al Derecho Mercantil, 17ª edición, tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág 919

⁹ Vid MORÁN BOVIO, “El contrato de Préstamo Mercantil”, cit , pág 397

¹⁰ Artículo 3396 C

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , pág 336

¹² Así CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 508

2.3 Objeto del contrato

En función de la naturaleza de los bienes prestados, el Código de Comercio distingue tres tipos de préstamo mercantil: el de dinero¹³, el de cosas muebles fungibles (generalmente mercaderías) y el de esas cosas muebles fungibles de carácter especial que denominamos títulos valores¹⁴.

Por lo que hace al préstamo bancario, para nadie es un secreto que el más generalizado es el préstamo de dinero, aunque, al menos en otros países, el préstamo de valores negociados en un mercado secundario oficial suele realizarse con cierta habitualidad.

2.4 Efectos del contrato

Si consideramos al préstamo como negocio real y unilateral, hay que concluir que el prestamista no asume ninguna obligación en el contrato, en tanto en cuanto la entrega del bien objeto del negocio es condición necesaria para la existencia del mismo. En contraposición, cuando el contrato, como es el caso del préstamo bancario, se configura como consensual y sinalagmático, el prestamista asume la obligación de llevar a cabo la entrega en las condiciones pactadas¹⁵.

Amén de lo anterior, el prestatario asume una serie de obligaciones, de las que nos ocuparemos en las próximas líneas. Junto a la obligación de restitución de lo prestado y la de pago de intereses (en el préstamo oneroso), es posible pactar algunas obligaciones complementarias que pretenden reducir el riesgo de insolvencia.

a) Obligación de restituir

En virtud del préstamo el prestatario se obliga a devolver a su contraparte otro tanto de lo recibido, en el lugar y tiempo señalados en el contrato, y en los préstamos por tiempo indeterminado, no podrá exigirse al deudor el pago, si no después de los treinta días siguientes a la interpelación que se le haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o dos testigos (art. 489 Cc.).

¹³ Artículo 487 Cc

¹⁴ Artículo 488 Cc

¹⁵ Cfr BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit , pág 234

Tal como se ha señalado en Derecho comparado, nos parece que la finalidad crediticia que tiene el negocio y la intención de evitar una de las prácticas usurarias inveteradas (a saber, la consistente en reclamar al mutuatario el monto del préstamo al día siguiente de aquél en que lo hubiere recibido, únicamente con la intención de poder exigirle unos intereses moratorios que generalmente son superiores a los remuneratorios), han justificado la opción legislativa del artículo 489 Cc¹⁶.

Por lo que hace al préstamo dinerario, sólo cuando el objeto del negocio es una determinada cantidad de unidades monetarias de curso legal estamos ante un verdadero contrato de “préstamo de dinero”¹⁷. Si la especie monetaria que se presta carece de curso legal, el préstamo será de “especie”¹⁸ –siempre que esas monedas tengan la característica de la fungibilidad, si no es así, se tratará de un comodato (por ejemplo, un préstamo pactado en dólares)-.

El préstamo de dinero plantea el problema de la “pérdida de valor del dinero” que, obviamente, afecta directamente a la obligación de restitución del prestatario, ya que esa modificación origina un conflicto entre los intereses del prestamista y los del prestatario. Así, el mutuante deseará que se le restituya una cantidad de idéntico poder adquisitivo a la que él entregó, mientras que el prestatario pretenderá devolver una cantidad igual a la que recibió, sin importarle cuál sea su valor actual¹⁹. Ese conflicto de intereses es resuelto, en principio, por el artículo 487.1 Cc. a favor del interés del prestatario: “Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley monetaria vigente en la República, al tiempo de hacerse el pago, salvo pacto en contrario”.

Esta norma general va seguida de una excepción, que no hace sino confirmar la regla: “si se pacta la especie de moneda en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor, será en daño o beneficio del prestador”²⁰; porque, como hemos visto arriba, en la norma general la “alteración” que sufre el valor legal de la moneda es, también, “en daño o beneficio” del prestamista.

¹⁶ Vid MORÁN BOVIO, “El contrato de Préstamo Mercantil”, cit , pág 404

¹⁷ Artículo 2022 C

¹⁸ Art 2023 C “Si la deuda hubiere de pagarse en una moneda determinada que no tenga curso corriente al tiempo del pago, deberá hacerse éste como si no se hubiere fijado moneda alguna”

¹⁹ CORTÉS, “Contratos bancarios (I)”, cit , págs 510 y s

²⁰ Artículo 487 2 Cc

Pero la pregunta clave es ¿por qué el legislador se ha decantado por la señalada opción normativa? Nos parece que la respuesta no atiende al hecho de que el legislador haya considerado que los intereses del prestatario son más legítimos que los del prestamista, sino que, más bien, el interés del mutuuario coincide, precisamente, con la aplicación de unos criterios que son prioritarios a los intereses individuales de ambos: el de la seguridad del tráfico y el de la soberanía monetaria del Estado²¹.

Y es que, necesariamente, la seguridad del tráfico exige que la referencia en las deudas de dinero sea la cantidad en vez del valor que éste represente, sólo de esta forma se establece con precisión perdurable el alcance exacto del crédito y de la deuda que corresponden a cada uno de los contratantes. En idéntica línea, en razón del principio de soberanía monetaria del Estado se confirma la función de garantía que el poder estatal ejerce sobre la moneda²².

La preferencia por la cantidad en vez del valor que ésta representa, es lo que se ha dado en llamar principio nominalista; en contraposición a dicho criterio se erige el principio valorista, que trata de corregir los efectos de una eventual desvalorización del dinero²³. Con todo, la opción que sigue nuestro Código por el nominalismo no impide que “en todo contrato podrá establecerse una cláusula por la cual las obligaciones expresadas en córdobas mantendrán su valor en relación con una moneda extranjera. En este caso, si se produce una modificación en el tipo oficial de cambio del córdoba en relación a dicha moneda, el monto de la obligación expresada en córdobas deberá ajustarse en la misma proporción a la modificación operada. En lo que respecta al crédito intermediado por las empresas autorizadas por la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras, corresponderá al Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua reglamentar la aplicación de la presente disposición”²⁴.

También es conveniente precisar que existen distintas formas de “amortización” o restitución del dinero objeto del préstamo. De modo que, si bien es posible que ésta se lleve a cabo al final del plazo pactado,

²¹ MORÁN BOVIO, “El contrato de Préstamo Mercantil”, cit , pág 401

²² MORÁN BOVIO, op cit , ibidem

²³ SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , págs 290 y s

²⁴ Artículo 16 del Decreto Ley N° 1- 92 de 6 de enero de 1992 Publicado en La Gaceta Diario Oficial N° 2 de 7 de enero de 1992

es mucho más frecuente, por lo que hace a los préstamos bancarios, las amortizaciones progresivas mediante pagos parciales, en plazos sucesivos, que pueden ser de igual o distinta cuantía, que se van enterando consecutivamente desde el inicio del préstamo o, por otra parte, después de un cierto período (denominado de “carencia”), por ejemplo después de seis meses²⁵.

Igualmente, es posible, en los préstamos bancarios, el pacto por el que se autoriza la amortización anticipada, que conlleva el pago de una compensación a la entidad bancaria (prima de anticipación) por los intereses que se dejan de ingresar o, mejor, por la eliminación de un plazo que, en principio, se establece en beneficio de las dos partes²⁶.

La restitución en las otras clases de préstamo (donde, a diferencia del préstamo de dinero, preocupa al legislador la eventualidad de la extinción de las mercaderías o valores objeto del negocio), se articula de la siguiente manera: “En los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes si aquellos se hubieren extinguido, salvo pacto en contrario. Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida”²⁷.

b) Obligación de pagar intereses

El préstamo oneroso obliga al mutuuario a enterar el interés remuneratorio, o precio del uso del dinero ajeno, que haya pactado desde su entrega o puesta a disposición²⁸. De hecho, el sistema Codicístico, en materia mercantil, está anclado en la concepción de que “la calidad de gratuito no se presume en los préstamos mercantiles, y estos ganarán intereses legales, salvo que las partes acordaren lo contrario”²⁹, lo cual viene a ratificarse plenamente en lo que atañe al préstamo bancario, donde lo normal es que éste será retribuido.

²⁵ Véase AURIOLES MARTÍN, Adolfo, “Contratos Bancarios” en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 426

²⁶ AURIOLES MARTÍN, op. cit., pág. 427

²⁷ Artículo 488 Cc

²⁸ Cfr. SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis, “Depósito, préstamo y contratos de garantía” en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 396

²⁹ Artículo 490 Cc

Coherente con dicha articulación, el 491 Cc. mandata que la estipulación que exonere al prestatario del pago de los intereses deberá celebrarse por escrito, de modo que no realizándose de tal forma no podrá ser exigida en ningún proceso judicial.

Ahora bien, según las voces del artículo 50 de la Ley 561: “En los contratos que los bancos celebren con sus clientes, éstos podrán pactar libremente las tasas de interés. Por consiguiente, quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a este artículo”. Siguiéndose así una solución distinta a la que impera en los llamados “préstamos entre particulares” en donde la Ley No. 176, de 3 de junio de 1994³⁰; y su reforma, efectuada mediante Ley No. 374, aprobada el 28 de marzo del 2001³¹, reprimen la imposición de intereses superiores a los que la Ley considera como legales.

Por último, hay que decir que la obligación de satisfacer intereses es accesoria de la principal de restitución, ello viene a confirmarlo el artículo 497 Cc. cuando prescribe que, en primer lugar, “el recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos”; de igual forma, “las entregas a cuenta cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán en primer término, al pago de intereses, por orden de vencimiento y después al del capital”.

Asimismo, vale la pena comentar que, como es fácilmente perceptible, estas dos reglas vienen a erigirse en supuestos particulares de extinción de las deudas de intereses.

c) Intereses moratorios

Hasta ahora sólo nos hemos ocupado de los conocidos como “intereses remuneratorios”, no obstante, junto con éstos, se pueden pactar “intereses moratorios”, o de “demora”, vinculados al incumplimiento.

De éstos se ocupa el artículo 493 Cc., cuando establece que el prestatario “que retarde el cumplimiento de las obligaciones que le impone el préstamo, haya o no estipulación de intereses o exoneración de los mismos, queda obligado a pagar el interés legal desde el día en que fuere vencido el plazo de la deuda”. No obstante la dicción del precepto, la

³⁰ La Gaceta Diario Oficial 112, de 16 de junio de 1994

³¹ La Gaceta Diario Oficial 70, del 16 de abril de 2001

práctica mercantil ha venido considerando que tal norma es de carácter dispositivo, en el sentido de que es muy común que los contratantes pacten intereses moratorios que son superiores a los legales.

Junto a la norma precitada, el Código ordena que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, salvo pacto en contrario”³², a saber, se articula una norma general que prohíbe el anatocismo o devengo de intereses moratorios generados por la falta de pago de los remuneratorios. Sin embargo, como puede observarse, es lícito a las partes disponer pactos en sentido contrario a dicha norma general, cuestión que, efectivamente, es bastante común en materia de préstamos bancarios, según deja entrever el artículo 57 de la Ley 561 donde el legislador deja sentado que: “Queda estrictamente prohibido a todo banco: 10. Capitalizar intereses al principal. Lo anterior podrá realizarse cuando en virtud de una reestructuración del crédito se conviniere entre las partes”.

d) Otras obligaciones a cargo del prestatario

Sobre todo en materia bancaria, es bastante frecuente que, para asegurarse frente a la posibilidad de insolvencia sobrevenida del prestatario, el crédito se garantice de forma personal (a través de fianza o aval) o real (mediante la constitución de prendas o hipotecas).

Por si fuera poco, en los préstamos bancarios de ciertas dimensiones, es posible imponer determinadas obligaciones (covenants) al mutuuario que tienden a regular su conducta con la intención de controlar la situación económico-financiera de éste (verbigracia, obligaciones de auditarse; de asegurar determinados bienes; de suministro de información económico-financiera; de prohibición de disponer de ciertos activos, entre otras), de forma que su incumplimiento puede generar, o bien la revisión al alza de la obligación de pago de intereses (justificada por el incremento del riesgo), o bien la resolución anticipada del negocio³³.

2.5 Extinción del préstamo

Lo normal, al menos por lo que hace a los contratos de préstamo unilaterales, es que el contrato se extinga por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el prestatario.

³² Artículo 494 Cc

³³ CORTÉS, “Contratos bancarios (I)”, cit , pág 513

No obstante, en materia de contratos de préstamo “sinalágmaticos”, especialmente en los bancarios, es usual que se pacten una serie de cláusulas que facultan al prestamista a la resolución anticipada del negocio, las cuales, empero, deben ser revisadas a la luz del pacta sunt servanda, de las exigencias de la buena fe y, obviamente, al tenor de las normas tuitivas (de defensa de los consumidores) que tratan de proteger al cliente como “parte más débil” del contrato³⁴.

En tal sentido, no parecen ofrecer dudas de su validez las cláusulas de resolución unilateral en los casos de incumplimiento de las obligaciones de pago de principal o intereses, o cuando el préstamo haya sido destinado por el prestatario a satisfacer una necesidad distinta a aquélla para la que había sido originalmente concedido; pero, sí que la ofrecen aquellas causas de resolución unilateral que se fundan en apreciaciones meramente subjetivas del prestamista o en causas ajenas al negocio de préstamo propiamente dicho (verbigracia, cuando se pacta que el prestamista puede resolver unilateralmente el negocio “cuando vea amenazado el buen fin del préstamo”)³⁵.

2.6. Préstamos bancarios especiales

La práctica bancaria se ha venido decantando por algunas modalidades especiales del negocio de préstamo, entre las que sobresalen:

2.6.1 Préstamos garantizados por valores

En el tráfico jurídico no es extraño que los préstamos de dinero se garanticen a través de la constitución de una garantía prendaria sobre “valores cotizables hecho en póliza con intervención de corredor”. Tal tipo de préstamo, según las voces del Código, “se reputará siempre mercantil”³⁶, de lo cual se infiere que aquí el legislador “dispensa” la observancia de los criterios de mercantilidad del artículo 486 Cc.

Otro dato a tener en cuenta es que el Código, más allá de la importancia práctica de tal instituto, no está pensado para regular la prenda sobre “valores privados”, sino más bien aquélla que se constituye sobre “valores públicos. Ello sin perjuicio de que, en mi opinión, le sea aplicable a la primera, de forma supletoria, la regulación codicística.

³⁴ CORTÉS, op cit , pág 515

³⁵ CORTÉS, op cit , ibidem

El prestamista, según el sentir del Código, goza de un derecho de preferencia³⁷ y, además, de la prerrogativa de que los títulos al portador pignorados no estarán sujetos a la reivindicación mientras no sea reembolsado el prestador; “ello sin perjuicio de los derechos y acciones del propietario desposeído contra las personas responsables, según las leyes, por los actos en virtud de los cuales haya sido privado de la posesión y dominio de los efectos dados en garantía”³⁸.

No cabe duda que la mayor especialidad en la materia es lo que atañe a la ejecución de la prenda. Así, según autoriza el artículo 503 Cc., el acreedor, salvo pacto en contrario, y sin necesidad de requerir al deudor, podrá proceder a la venta de las garantías por medio de dos corredores, quienes previamente certificarán el vencimiento, y en su defecto, dos comerciantes de la plaza.

2.6.2 El crédito al consumo

Como ha señalado la doctrina más autorizada, la expresión “crédito al consumo” se emplea para distinguir todos aquellos negocios jurídicos a través de los cuales un empresario (entre los cuales perfectamente puede ubicarse un banco) habilita a un consumidor para la adquisición de bienes o servicios. Lo esencial aquí es la concesión de crédito con la particular finalidad de facilitar el consumo. De hecho, en la práctica puede tratarse bien de un verdadero contrato de préstamo, ya de un contrato de apertura de crédito, ora de un simple pago aplazado, o en fin de cualquier otro medio de financiación³⁹.

Por lo que hace a nuestro ordenamiento, la Ley 182, de defensa de los consumidores⁴⁰, deja muy en claro que en las operaciones de venta en

³⁶ Artículo 500 Cc

³⁷ Art 500 2 Cc “El prestador tendrá sobre los títulos o valores públicos pignorados conforme a las disposiciones de este capítulo, derecho a cobrar su crédito con preferencia a los demás acreedores, quienes no podrán retirar de su poder, dichos títulos o valores, a no ser satisfaciendo el crédito constituido sobre ellos”

Art 501 Cc “Los derechos de preferencia de que se trata en el artículo anterior, sólo se tendrán sobre los mismos títulos en que se constituyó la garantía, para lo cual si ésta consistiere en títulos al portador, se expresará su numeración, serie y valor en la póliza del contrato; y si en suscripciones (sic) o título transferibles, se hará la transferencia a favor del portador, expresando en la póliza, además de las circunstancias necesarias para justificar la identidad de la garantía, que la transferencia no lleva consigo la transmisión de la propiedad”

³⁸ Artículo 504 Cc

³⁹ Véase BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit, pág 200

⁴⁰ La Gaceta Diario Oficial No 213, del 14 de noviembre de 1994

que se conceda crédito a los consumidores, deberán cumplirse una serie de requisitos de corte imperativo⁴¹.

2.6.3 Préstamos sindicados

Aunque entre en nosotros todavía no han cobrado notoriedad, vale la pena dedicar algunas líneas a los préstamos sindicados, que no son otra cosa que una particular modalidad de mutuos bancarios caracterizados por la presencia de una pluralidad de prestamistas. La presencia de éstos se justifica por la elevada cuantía del particular negocio que, por ende, no puede ser asumido por un singular prestamista⁴².

La técnica de la sindicación permite que el riesgo inherente a la operación de préstamo sea compartido por la totalidad de las entidades que facilitan los fondos. No obstante, la sindicación no debe entenderse como sinónimo de solidaridad, antes bien, cada una de las entidades crediticias ocupa una posición independiente a la del resto de los partícipes, en el sentido de que el incumplimiento por parte de una de ellas no significa que dicho incumplimiento debe ser suplido por el resto de los prestamistas⁴³.

⁴¹ Artículo 25 de la Ley 182. Así, por mandato legal, en tales contratos deberá de indicarse de manera clara lo siguiente: 1 El precio de venta de contado del producto que se ofrece 2 El valor del pago inicial o prima 3 La tasa de interés que se aplicará sobre el saldo, así como tasa de interés moratorio en caso de no pagar en el tiempo indicado las cuotas de amortización 4 El monto total de los intereses a pagar 5 El detalle y monto de cualquier otro recargo que se aplique en el contrato 6 La suma total a pagar por el bien o servicio ofrecido 7 El derecho del consumidor a pagar anticipadamente el crédito con la deducción de los intereses aún no causados Asimismo, los contratos en cuestión deberán extenderse en original y duplicado, uno para el proveedor y otro para el consumidor

Esta disposición es desarrollada por el Artículo 104 del Reglamento de la Ley 182 (Decreto A N No 2187), el cual prevé que "En las operaciones de venta en las cuales se conceda crédito al consumidor de cualquier bien o servicio que se adquiera, el proveedor está en la obligación de informar claramente lo siguiente a El precio de contado del producto o de servicio que se ofrece, indicando claramente la diferencia entre efectuar el pago de contado o al crédito, dando a conocer, en caso de existir, los descuentos o bonificaciones o cualquier otro motivo por el cual exista diferencia entre el precio de venta a plazo y de contado b El valor del pago inicial o de la prima, así como las opciones, si las hubiere, que tiene el consumidor sobre las posibilidades de negociar el monto de la misma c La tasa de interés fija que se aplicará sobre el saldo, así como la tasa de interés moratorio en el caso de no pagar en el tiempo indicado, las cuotas de amortización Igualmente deberá informarse el derecho que tiene de liquidar anticipadamente con la consiguiente reducción de interés, en cuyo caso no se le podrán hacer más cargo que los de renegociación del crédito si los hubiese d El monto total de los intereses a pagar en relación con lo pactado, indicándose además, en caso de existir los descuentos o bonificaciones o cualquier otro motivo por el cual exista diferencia entre el precio de venta a plazo y de contado e El detalle o monto de cualquier otro recargo que se aplique en el contrato f La suma total a pagar por el bien o servicio ofrecido En todo caso el consumidor podrá reservarse el derecho de realizar o no, la operación, según convenga a sus intereses"

⁴² BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, op cit , págs 235 y s

⁴³ AURIOLES MARTÍN, "Contratos bancarios", cit , págs 428 y s

La presencia de varios prestamistas y la dispar participación de cada uno de éstos en la particular operación se suele traducir en la percepción, por alguna o algunas de las entidades, de unos porcentajes más altos sobre las comisiones que suele satisfacer el cliente y, además, en la asignación de un lugar destacado en el anuncio publicitario (tombstone) con el que se da a conocer al celebración del contrato⁴⁴.

La operación es organizada por el denominado banco “director” o “jefe de fila” (lead manager en la terminología anglosajona), quien se encarga, entre otras cosas, de la formación del sindicato de entidades, de la localización de aquéllas dispuestas a participar en la particular operación con el singular cliente, y de la distribución entre las instituciones crediticias del importe que será prestado. Obviamente, el banco “director” obtendrá por dicha labor de preparación una específica contraprestación, por lo general un porcentaje especial sobre las cantidades enteradas por el prestatario en concepto de comisión de apertura⁴⁵.

Por lo que hace al contenido del contrato, cobra particular importancia la delimitación de la posición que ocupa cada uno de los bancos en el negocio de que se trate, ya que, a la par que se articula en el negocio la necesidad de adoptar y ejercitar conjuntamente algunas decisiones (verbigracia, la resolución total del contrato), los partícipes también se suelen reservar la titularidad y el ejercicio individualizado de ciertas facultades contractuales (por ejemplo, la resolución parcial del negocio en determinadas circunstancias)⁴⁶.

Por si fuera poco, en estos contratos se suelen fijar cuantiosas y pormenorizadas obligaciones complementarias que regulan determinados aspectos del comportamiento económico del deudor durante la vida del préstamo, e intentan mantener las bases que se tuvieron presentes en su concesión (los denominados covenants)⁴⁷.

También cobra especial importancia el papel del “banco agente”, que generalmente lo suele desempeñar el mismo “banco director”. El “banco agente” acomete, por mandato de los otros bancos partícipes, la tarea

⁴⁴ AURIOLES MARTÍN, op cit , pág 429

⁴⁵ AURIOLES MARTÍN, Adolfo, “Contratos bancarios de activo” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A , Barcelona, 2000, pág 489

⁴⁶ CORTÉS, “Contratos bancarios (I)”, cit , págs 515 y s

⁴⁷ CORTÉS, op cit , pág 516

de procurar la correcta ejecución del contrato (recibir la información económica financiera que deba proporcionar el prestatario; recibir las cuotas periódicas que deba enterar éste; realizar notificaciones; distribuir el importe de los abonos, entre otras obligaciones) y, además, la labor de efectuar el seguimiento de la relación con el cliente hasta su terminación. Por todo ello el “banco agente” se hace acreedor de una remuneración, denominada comúnmente “comisión de agente”⁴⁸.

2.6.4 Préstamo participativo

En virtud de este tipo de negocio el prestamista puede participar en los beneficios que genera la actividad del deudor, y es precisamente de ahí que emana su nombre⁴⁹.

Así, el contrato se caracteriza porque el mutualista percibe un interés variable (cuya fijación “se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria”), sin perjuicio de que, además, se pacte la satisfacción de un interés fijo. Asimismo, al menos en el sistema español, en estos negocios se ve restringida la posibilidad de amortización anticipada y, por lo que atañe a los aspectos contables, el objeto del préstamo tiene la consideración de “fondo propio para el prestatario.”⁵⁰.

Siempre en el sistema español, los acreedores en esta clase de préstamos se colocan, en materia de prelación de créditos, después de los acreedores comunes. De ello parece inferirse la naturaleza de la figura, según algún autor, en tanto en cuanto los acreedores participativos se colocan después de los acreedores que no lo son, puesto que éstos son auténticos terceros respecto de la entidad prestataria; pero, en cambio, se sitúan antes de los socios de la misma, en tanto la relación de préstamo es extraña al contrato de sociedad y a la estructura interna de la empresa⁵¹.

Por otra parte, lo primero que habrá que preguntarse en nuestro sistema jurídico es lo que respecta a la admisibilidad y validez de un contrato de préstamo participativo, cuestión que no parece difícil de resolver en sentido positivo, en primer lugar, a la luz del artículo 2437 C.⁵², que

⁴⁸ Vid AURIOLES MARTÍN, “Contratos bancarios”, cit , pág 429

⁴⁹ SERRERA CONTRERAS, “Depósito, préstamo y contratos de garantía”, cit , pág 397

⁵⁰ CORTÉS, “Contratos bancarios (I)”, cit , págs 516 y s

⁵¹ SERRERA CONTRERAS, “Depósito, préstamo y contratos de garantía”, cit , pág 397

⁵² “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”

reconoce como principio general la autonomía de la voluntad individual, lo que, por ende, supone la posibilidad de celebrar contratos en los que las partes determinan libremente su contenido; y, en segundo término, al tenor de lo señalado por el artículo 131 Cc., que, eso sí, fija los límites en nuestro sistema para este tipo de negocio: “La convención por la cual un prestamista de dinero estipulase participación en las ganancias, sin responder por las obligaciones del socio, es ilegal y nula. Es asimismo nula la estipulación de que el prestamista sin responsabilidad en las pérdidas, tendrá parte en las ganancias además de los intereses. Podrá, sin embargo, establecerse que en las utilidades líquidas se abone previamente un interés fijo o un capital preferido sobre los demás”.

No obstante, como ha señalado acertadamente la doctrina, habrá que plantearse cuáles son los límites del negocio, ya que, para evitar transgredir el principio de proporcionalidad o el de equivalencia de las prestaciones, es necesario que la participación del prestador en los beneficios de su contraparte no impidan, de ninguna manera, la justa ganancia del prestatario en la operación⁵³.

Por último, conviene distinguir al negocio que nos ocupa del contrato de cuentas en participación (también conocido entre nosotros como asociación en participación). A diferencia de lo que sucede en las cuentas en participación, donde cualquier retribución del partícipe dependerá necesariamente de la existencia de resultados positivos en las operaciones del gestor; la obligación de pagar intereses (tanto fijos como variables), que corre a cargo del mutuuario en el préstamo participativo, es expediente suficiente para distinguir a uno y otro negocio⁵⁴.

3. Contrato de apertura de crédito

3.1 Noción, función económica y naturaleza jurídica

Pese a que el artículo 53 de la Ley 561, en su inciso 3, faculta a los bancos a celebrar “contratos de apertura de créditos”, lo cierto es que en nuestro ordenamiento dicho negocio, aunque nominado, continúa siendo atípico, a saber, carece de regulación de su contenido esencial.

⁵³ Así, MORÁN BOVIO, “El contrato de Préstamo Mercantil”, cit , 6ª edición corregida y puesta al día, pág 408

⁵⁴ MORÁN BOVIO, op cit , ibidem

Lo cierto es que, a la luz de su tipicidad social, es posible definir al contrato de apertura de crédito como aquel negocio por el que la entidad financiera concede crédito o financiación al cliente (acreditado) por un cierto plazo y hasta una suma determinada, obligándose, a cambio de una contraprestación dineraria, a poner a disposición de aquél, dentro de aquellos límites, la suma de dinero que le reclame y a realizar otras prestaciones pactadas en el contrato⁵⁵.

De ello se infiere que la función económica del negocio es asegurar al cliente la “disponibilidad”, que no la disposición, de una determinada cantidad de dinero, que éste podrá usar durante el tiempo pactado para la duración del contrato, en el modo y cuantía que precise. Aquí se observa que el contrato de apertura de crédito es mucho más flexible que el préstamo, siendo un instrumento idóneo para la satisfacción de las necesidades de los empresarios⁵⁶.

Aproximándonos a la naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa, podemos decir que es un negocio jurídico con sustantividad propia. En tal sentido, se ha dicho que el de apertura de crédito es un contrato “único y definitivo”, en tanto que vincula a los contratantes desde su perfeccionamiento hasta el cumplimiento de las mutuas obligaciones que asumen cada uno de ellos, no requiriéndose ninguna ulterior manifestación de voluntad. Así, los actos de utilización de la disponibilidad crediticia no son otra cosa que meros “negocios de ejecución”⁵⁷.

3.2 Modalidades

Se dice que la apertura de crédito es “simple” cuando se confiere al acreditado la facultad de disponer por una sola vez, en un acto o en varios, del crédito. En cambio es “en cuenta corriente” cuando, junto a la facultad de disponer, el acreditado puede, durante el tiempo que dure el negocio, llevar a cabo reembolsos que le permitan reiterar en el tiempo la disponibilidad que el banco le ha concedido. En otras palabras, el cliente puede rebajar su saldo mediante ingresos sucesivos en la cuenta, de tal forma que podrá utilizar, en más de una ocasión durante el plazo de duración del negocio, el crédito que se le ha concedido, lo

⁵⁵ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 517

⁵⁶ Así BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit , pág 236

⁵⁷ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 517

que le confiere a esta operación crediticia ventajas adicionales frente a sus “primas”⁵⁸. Esta última modalidad es la que suele denominarse en nuestro medio “crédito revolvente”.

Adicionalmente, la apertura de crédito en cuenta corriente puede ser con “descubierto unilateral” o con “descubierto recíproco”. En la primera, la posición deudora o “descubierto” nunca podrá corresponder a la entidad financiera, ya que en virtud de cada uno de los reintegros realizados por el cliente éste no resultará, en ningún caso, acreedor por virtud de la cuenta de crédito, e incluso en los casos en que los reintegros del cliente superen al crédito, éstos deberán abonarse en una cuenta distinta. En el caso de que se pacte el “descubierto recíproco”, el banco sí que podrá erigirse en deudor del “acreditado”, en el caso de que los reintegros que haga éste superen a los cargos. Hay que advertir, eso sí, que bajo ninguna circunstancia es posible afirmar que la entidad de crédito se convierte en un “nuevo acreditado”, ya que ésta no goza de ninguna facultad de disponibilidad sobre el saldo que presente la cuenta y, todavía más, no se obliga al pago de tasa alguna de interés⁵⁹.

También se habla de aperturas de crédito “propias” e “impropias”. Las primeras son las que se constituyen a favor del acreditado, en contraposición a las “impropias” o a favor de un tercero. Con todo, esta última es más bien inusual; de hecho, el crédito documentario, que, según al sector de la doctrina, es el ejemplo recurrente de “apertura de crédito impropia”, es realmente un supuesto mucho más complejo y con una función práctica disímil⁶⁰.

No podemos dejar de mencionar que, al igual que en el caso del préstamo, es posible “asegurar” el contrato de apertura de crédito con garantías personales o bien reales⁶¹.

Asimismo, se habla de “apertura de crédito con disposiciones subastables”, en la cual lo novedoso es la forma en que se dispone de los fondos y se fija el tipo de interés aplicable. Así, en estas operaciones el destinatario de las solicitudes de disposición es el llamado “banco-agente de la subasta”, el cual se encarga de trasladar a las potenciales entidades

⁵⁸ Así, ZUNZUNEGUI, *Derecho del Mercado Financiero*, cit , pág 481

⁵⁹ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 518

⁶⁰ CORTÉS, op cit , ibidem

⁶¹ AURIOLES MARTÍN, “Contratos bancarios de activo”, cit , págs 493 y s

licitadoras los términos de la demanda de financiación (importe, vencimiento, entre otros), de forma tal que resultan adjudicatarias (o mejor dicho acreditantes) aquellas que ofrezcan las condiciones (tipos de interés) más ventajosas. Es importante destacar que el tipo de interés aplicable a la disposición subastada puede ser único y común a cada una de las acreditantes (tomándose en tal caso el tipo más alto de entre los ofertados por las entidades adjudicatarias), o bien puede ser distinto para cada una de ellas, respetándose el que ofrecieron en la subasta⁶².

3.3 Efectos del negocio

La doctrina coincide en afirmar que el de apertura de crédito es un negocio jurídico consensual y sinalagmático, caracteres que lo alejarían del préstamo⁶³.

En materia de obligaciones asumidas por la entidad financiera, habrá que decir que ésta se obliga a poner a disposición del cliente, en la forma y tiempo acordados, las cantidades de dinero que este último le exija dentro de los términos convenidos. Así, la obligación que corre a cargo del banco se determina por un triple límite: “cuantitativo” (porque no puede ser obligado a facilitar más allá de la cantidad máxima a la que asciende la disposición a favor del cliente); “modal” (debido a que las “disposiciones” del acreditado sólo pueden realizarse por los procedimientos previamente pactados) y “temporal” (referido a la duración del crédito)⁶⁴.

Por lo que atañe a las obligaciones del acreditado, éste suele asumir tres tipos de obligaciones: 1. El reintegro de la suma que en favor del banco arroje la cuenta de crédito (en su caso) al tiempo de la cancelación

⁶² AURIOLES MARTÍN, comenta que “la eventualidad de que una subasta quede, total o parcialmente, desierta trata de cubrirse acudiendo a la apertura de una línea de crédito “subsidiaria”, concedida por un grupo de entidades, futuras licitadoras o no, que se compromete en firme frente al cliente a atender sus necesidades refinanciación. La existencia de una línea de crédito “subsidiaria” no es esencial a esta clase de operaciones pudiendo ser sustituida, como sucede en los créditos-subasta, propiamente dichos, por el compromiso de las primeras entidades adjudicatarias de facilitar al cliente las sumas que no se cubran en futuras subastas de disposiciones

En cualquiera de los casos, el contrato correspondiente suele recoger la posibilidad de que las cuotas de participación en el crédito sean transmisibles a terceros inversores que sucedan en la posición jurídica acreedora a las entidades adjudicatarias. El negocio transmisivo se instrumenta en unos singulares “certificados de cesión” cuyo modelo normalizado se incorpora como anexo al propio contrato” (op cit, pág 494)

⁶³ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit, págs 236 y s

⁶⁴ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, op cit, pág 237

y liquidación de ésta. Es importante poner de manifiesto que la amortización de la cuenta de crédito puede ser total (en un solo plazo) o parcial (en plazos sucesivos), cuyos vencimientos implican la reducción progresiva de la disponibilidad conferida a través del negocio. 2. Enterar los intereses que se devenguen en virtud del contrato, lo que, por lo general, acontece al término de los períodos temporales establecidos en el contrato (trimestralmente, semestralmente, anualmente, etc.), aunque, eso sí, lo normal es que se tome como base del cálculo el saldo diario de la cuenta, para lograr con dicho procedimiento que el interés sólo se aplique sobre las cantidades efectivamente dispuestas, y no sobre el límite concedido. 3. Satisfacer al banco las comisiones pactadas que, básicamente son, de un lado, la de apertura y, de otro, la de no disposición, que pretende satisfacer la puesta a disposición y consiguiente no utilización, por el acreditado, de la suma pactada o de una parte de ella⁶⁵.

3.4 Extinción del contrato

El contrato se extingue por las causas comunes a todos los contratos sinalagmáticos e intuitu personae: el transcurso del plazo pactado, muerte del acreditado, incumplimiento, y, obviamente, por el cumplimiento y ejecución de las obligaciones que corren a cargo de los contratantes. No obstante, es al menos cuestionable la facultad de denuncia unilateral, conferida a favor del banco, fundada en causas distintas al contrato o, en su caso, en la apreciación subjetiva de éste. En todo caso, sólo parece admisible la posibilidad de desistimiento unilateral en presencia de justa causa, a saber: por concurrir el incumplimiento contractual del acreditado, o bien por producirse circunstancias que, aunque no supongan un incumplimiento, se consideren extraordinarias y graves (verbigracia el empeoramiento en la situación económica del acreditado)⁶⁶.

Por último, es importante no perder de vista que, sí parece posible que opere el desistimiento unilateral en los contratos, poco frecuentes por cierto, celebrados por tiempo indeterminado, la cual deberá estar fundada en las exigencias de la buena fe y, además, requerirán un plazo de “preaviso” para la restitución de los fondos de que se haya dispuesto⁶⁷.

⁶⁵ AURIOLES MARTÍN, “Contratos bancarios de activo”, cit , págs 492 y s

⁶⁶ Véase BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, cit , pág 238

⁶⁷ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, op cit , ibidem

4. Contrato de descuento

4.1 Concepto, función económica y naturaleza jurídica

Una vez más, nuestro ordenamiento, en el artículo 53, inciso 3, de la Ley 561, se limita a señalar la posibilidad de que las instituciones financieras celebren “operaciones de descuento”, sin llegar a ofrecer una regulación detallada de dicho negocio jurídico.

Así, el contrato de descuento ha sido definido como aquél por el cual la banca, previa deducción del interés (o descuento), anticipa al cliente el importe de un crédito frente a tercero todavía no vencido, mediante la cesión, “salvo buen fin” (“con recurso” en nuestro medio), del crédito mismo⁶⁸.

No cabe duda que el contrato que nos ocupa tiene una finalidad prototípicamente crediticia. De hecho, el cliente puede anticipar el importe de sus créditos frente a terceros, “permutando” un activo financiero por un activo monetario más líquido, a saber, el abono en cuenta de su importe menos “el descuento”. Por su parte, la entidad de crédito encuentra en él un muy eficaz instrumento de concesión de crédito, en tanto invierte en excelentes condiciones de seguridad, rentabilidad y liquidez los fondos que maneja. Incluso, el banco, sin necesidad de aguardar hasta el vencimiento de los créditos dados en descuento, puede hacer líquido el crédito a través de una nueva operación de descuento (tradicionalmente conocida como “redescuento”), celebrada con el Banco Central u otra institución bancaria, generalmente de “segundo piso”⁶⁹.

Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, el de descuento es un contrato con sustantividad propia, que en ningún modo puede tildarse de préstamo o de “compraventa o cesión de créditos”, como inútilmente ha intentado algunos estudiosos, pues, con todo y que se produce una transmisión del crédito a favor de la entidad financiera, ésta no es más que una medida instrumental para la obtención y concesión de financiación que, al fin y al cabo, es la causa que motiva a las partes a contratar⁷⁰.

⁶⁸ Así ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 505

⁶⁹ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 521

⁷⁰ Cfr AURIOLES MARTÍN, “Contratos bancarios de activo”, cit , pág 496

4.2 Clases

El “descuento cambiario”, o sea, el tradicional descuento referido a créditos incorporados a títulos cambiarios (verbigracia pagarés y letras de cambio), ha perdido interés en defecto del “descuento de créditos”, entre otros el descuento de certificaciones administrativas, que si bien no gozan de la protección “cambiaria”, sí gozan de la “económica”, que es proporcionada, o bien por la solvencia del deudor, o bien por las garantías que presta el cliente⁷¹.

Dentro del “cambiario”, a su vez, pueden distinguirse el descuento comercial o de letras comerciales (el que tiene como presupuesto la existencia de una operación comercial, de la que surge una obligación de pago dinerario cuyo aplazamiento se documenta en una letra de cambio o bien en un pagaré) y el descuento financiero o de letras financieras (o de caución), en donde la cesión se refiere al solo crédito cambiario, siendo la causa de la firma de la letra el propio descuento o préstamo para el descontatario y la fianza o garantía para los demás que firman la letra⁷².

Por otra parte, el descuento bancario puede celebrarse como operación aislada o integrarse dentro de una “línea de descuento”, donde las entidades bancarias, en lugar de convenir un aislado contrato de descuento, se obligan frente a sus clientes a descontar todos aquellos créditos que le sean remitidos, que, obviamente, deben satisfacer ciertas características, hasta el límite máximo de una determinada suma⁷³.

4.3 Caracteres y efectos del contrato

La doctrina más en forma tilda al contrato de descuento como un negocio consensual, sinalagmático y oneroso⁷⁴.

La principal obligación que asume la entidad financiera es la de entregar o poner a disposición del cliente el importe de los créditos descontados, con la pertinente deducción, equivalente esta última al interés pactado. Como se trata de un contrato de liquidez, se sostiene que el cumplimiento de esta obligación debe ser inmediato, sin dilación. Caso contrario,

⁷¹ CHULIÁ, Introducción al Derecho Mercantil, cit , pág 939

⁷² CHULIÁ, Introducción al Derecho Mercantil, cit , pág 939

⁷³ AURIOLES MARTÍN, “Contratos bancarios”, cit , pág 432

⁷⁴ Cfr SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho Mercantil, cit , pág 341

cabe la posibilidad de que el retraso del banco no se erija en una simple mora debitoris, sino más bien en un incumplimiento de un término esencial⁷⁵.

A cambio, el cliente debe transmitir al Banco, en la forma que competa al tipo de crédito objeto del negocio, la titularidad de dicho crédito que ostenta contra un tercero. Ésta transmisión no se hace “en pago”, sino “para pago”, de modo que el cliente se convierte en deudor de la entidad de financiación, por la cantidad financiada⁷⁶.

Obviamente, también pesa sobre el cliente una obligación de restitución de las cantidades enteradas a éste, en los casos en que el crédito cedido no sea satisfecho por un tercero. Es lógico que si el crédito cedido es satisfecho, el cliente se libera de toda responsabilidad frente al banco⁷⁷.

Como ya comentamos, el cliente debe satisfacer el precio del descuento, esto es, los intereses que el banco le descuenta de forma directa, así como resarcir al banco los gastos especiales que pueda originar el negocio (tal es el caso de los gastos del protesto de la letra impagada por el librado, en caso de que ésta no contuviera la cláusula sin gastos)⁷⁸.

En fin, es común pactar la cláusula “salvo buen fin” (con recurso en nuestro foro), lo que permite al banco exigir directamente de su cliente la devolución del importe que ha anticipado, en razón de lo cual, una vez que lo obtiene, reintegra a su cliente en la titularidad del crédito frente al tercero⁷⁹.

⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO, agrega que, además, el banco tiene una obligación de carácter negativo y con un alcance genérico (propia de todos los contratos de crédito), a saber, la consistente en no reclamar el anticipo antes del plazo establecido (empero, hay que recordar que dicha obligación se tiñe de las especialidades que comporta la cláusula “salvo buen fin”)

Por si fuera poco, el banco tiene un deber de diligencia, que más que una obligación constituye una carga. En virtud de ésta la institución crediticia debe intentar cobrar el crédito descontado cuando venza, llevando a cabo todos los actos tendentes a que dicho crédito no prescriba ni quede perjudicado. Así, si dicha entidad incumple ese deber el cliente no puede exigir su cumplimiento (en tanto no es una obligación sino una carga), empero, en caso de no satisfacer dicha carga la institución financiera pierde todos o parte de los derechos que ostentaba contra el cliente: (op cit, pág 342).

⁷⁶ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit, págs 513 y s

⁷⁷ RODRÍGUEZ—AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit, pág 358

⁷⁸ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit, pág 241

⁷⁹ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, op cit, ibidem

4.4 Extinción

El contrato se extingue, normalmente, por el vencimiento del crédito descontado, ya sea porque se satisfaga por el tercero; bien, en el caso de impago del tercero, cuando el cliente pague el principal del crédito más los intereses y gastos ocasionados por la demora⁸⁰.

5. Contrato de arrendamiento financiero o leasing

5.1 Concepto, función económica y naturaleza jurídica

El inciso 5 del artículo 53 de la Ley 561, faculta a los bancos a celebrar “operaciones de arrendamiento financiero”, careciendo dicho negocio jurídico, nuevamente, de un régimen jurídico sustancial, aunque, eso sí, como luego veremos, en este caso no se trata de un contrato completamente falto de regulación.

En razón de su tipicidad social, y de la propia noción que del contrato hace la “Normativa para la constitución y supervisión de las entidades de Leasing o arrendamiento financiero”, la doctrina más autorizada lo ha definido como aquel que tiene por objeto la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos con esa finalidad, por una entidad o establecimiento financiero de crédito, según las concretas indicaciones del futuro cesionario o usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, a lo que ha de añadirse necesariamente la concesión de una opción de compra del bien adquirido y cedido en favor del usuario ejercitable al término del plazo pactado de vigencia del contrato, así como, por lo general, la afección del mismo a una actividad de carácter empresarial o profesional⁸¹.

De lo anterior se desprende que en el negocio participan tres sujetos: el usuario, un empresario o un profesional que requiere de un determinado bien para desarrollar su actividad, pero que no puede o no quiere utilizar fondos propios para adquirirlo, y que tampoco puede o quiere endeudarse a tal efecto; el proveedor, propietario original del bien, fabricante o no del mismo; y la entidad de leasing que mediante su intervención, esto es, mediante la compra y posterior cesión del bien, hace posible el resultado de que el usuario pueda utilizarlo o explotarlo sin tener que haber invertido sus recursos, ni tampoco solicitarlos prestados a un tercero, y

⁸⁰ Así, CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 524

⁸¹ CORTÉS, op cit , pág 527

que por ello percibe una remuneración comprensiva tanto del coste de adquisición como financiero de la inversión realizada⁸².

Así, es posible afirmar que el leasing es una operación financiera dirigida a permitir a un empresario la inmediata utilización de un bien que precisa, acudiendo al crédito, y asegurar al financiador una garantía real hasta que la suma anticipada haya sido reembolsada. De forma tal que el cliente decide la inversión y obtiene el uso del bien, mientras que la entidad de leasing financia la compra y se asegura el reembolso reservándose la propiedad de aquél. De hecho, el empresario utiliza el bien soportando el riesgo de obsolescencia, pero evitando la inmovilización de un capital que resultaría de haber optado por la compra previa de dicho bien⁸³

Un aspecto digno de destacar es que el contrato de arrendamiento financiero, concluido entre la entidad de leasing y su cliente, se funda en un previo contrato de compraventa concertado entre aquélla y el proveedor del bien que se constituye en un antecedente necesario e inmediato, pues se concierta, exclusivamente, para conseguir la disposición del bien que requiere el usuario⁸⁴. Por ello, este negocio jurídico, con esa especial configuración, es el que nosotros hemos denominado “leasing clásico”⁸⁵, para diferenciarlo de otras modalidades contractuales que guardan ciertas afinidades con él, y con las que algún sector de la doctrina trata de emparentarlo (tema este último sobre el que luego volveremos).

En lo atinente a su naturaleza jurídica, de entrada hay que decir que el leasing, como su nomen deja entrever, es una operación importada del Derecho anglosajón⁸⁶, y por ende de difícil encuadramiento en las categorías jurídicas latinas, lo que, justamente, explica las múltiples propuestas doctrinales que se han vertido sobre dicho negocio⁸⁷.

⁸² CORTÉS, op cit , pág ibidem

⁸³ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 546

⁸⁴ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 527

⁸⁵ También conocido por algunos autores como “leasing financiero”

⁸⁶ Tal origen anglosajón es comentado por PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, quien en tal sentido señala que “lo que habría de ser un nuevo contrato, el de leasing, fue ideado por el empresario norteamericano D P Boothe Jr , en 1952, que suministró a la Marina norteamericana productos alimenticios con una maquinaria especializada y necesaria para su preparación, con la colaboración del Bank of America que le facilitó la adquisición de la mayor parte de sus bienes de equipo mediante su financiación

Sobre los años sesenta pasa a Europa, principalmente a través de la creación de filiales de las sociedades norteamericanas y multinacionales y, algo más tarde, llega a España” (“Arrendamientos Mercantiles” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A , Barcelona, 2000, pág 542)

⁸⁷ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 547

En tal sentido, algún sector de la doctrina lo ha calificado de arrendamiento. Empero, mientras la regulación de la *locatio rei* presupone que el bien que se cede pertenece desde el primer momento al arrendador, en el leasing la entidad crediticia lo adquiere a instancias del cliente para cedérselo, de lo que se infiere que la función del contrato no es tanto ceder el uso del bien cuanto financiar la posibilidad de explotarlo o disfrutarlo⁸⁸.

Tampoco se trata de una compraventa a plazos con reserva de dominio. En primer lugar, debido a que en la venta a plazos la financiación es una simple manifestación particular del contrato de venta, en contraposición al leasing, en donde la atribución a sujetos diversos de la propiedad y del derecho de uso es una manifestación *sui generis* de la relación de financiación. Es más, en la venta a plazos la financiación se realiza a través del aplazamiento del pago del precio por parte del propio vendedor, en cambio, en el arrendamiento financiero interviene como financiador un sujeto distinto al vendedor. De hecho, el leasing no constituye una forma de distribución de productos sino un mecanismo de financiación⁸⁹.

En segundo orden, porque la adquisición del bien por el usuario es meramente eventual y, como es natural, no se produce en todos los casos, aunque ciertamente no cabe negar que en las modalidades de amortización total acaban produciéndose efectos económicamente muy similares, en especial cuando la vida útil del bien coincide, como es habitual, con el fin del plazo de duración del contrato⁹⁰.

Mucho menos puede reputarse al leasing, como ha sostenido otro sector de la doctrina, de comodato o préstamo de uso, ya que dicho tipo negocial es legalmente incompatible con la percepción de emolumento alguno⁹¹.

Como se ha comentado acertadamente, en definitiva, la causa última del contrato es financiera, afirmación que encuentra eco en la realidad del tráfico donde el leasing se presenta como una verdadera alternativa al préstamo de dinero o a otros contratos de financiación, frente a los que proporciona, sin embargo, la garantía adicional representada por la titularidad que la entidad de leasing adquiere y mantiene sobre los

⁸⁸ CORTÉS, "Contratos Bancarios (I)", cit , pág 528

⁸⁹ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 547 y s

⁹⁰ ZUNZUNEGUI, op cit , pág 548

⁹¹ Cfr CORTÉS, "Contratos Bancarios (I)", cit , pág 529

bienes adquiridos durante toda la vida del contrato (a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con el mutuo)⁹².

En fin, el contrato de arrendamiento financiero es un contrato sui generis de financiación, pero cuya especificidad radica en que la financiación, en lugar de prestarse directamente al cliente, se le facilita “de forma indirecta”, mediante la previa adquisición y cesión del particular bien; esto es, mediante la realización de la inversión por un tercero y su explotación por el interesado que debe satisfacer tanto el coste de adquisición cuanto el financiero correspondiente⁹³.

5.2 Clases

El leasing clásico presenta en la práctica distintas modalidades. De tal forma que, atendiendo a la naturaleza del bien que la entidad de leasing adquiera a instancias del usuario que lo precisa, puede ser mobiliario o inmobiliario⁹⁴.

También debe distinguirse entre el leasing de amortización total y parcial. En el primer caso, las cuotas que periódicamente satisface el usuario cubren la totalidad de los costes de inversión realizada, de manera que el precio asignado al bien para el supuesto de ejercicio de la opción de compra es residual (en el caso de que coincida con la última cuota) o simbólico (pactando, por ejemplo, que se ejercite la opción de compra por la cantidad de un córdoba o un dólar). En cambio, en el de amortización parcial las cuotas son más bajas, y no alcanzan a satisfacer la totalidad de los costes, de modo que la entidad aún debe recuperar una parte sustancial de los mismos al término del contrato, lo que se verificará, bien enajenando el bien por un precio significativo al mismo usuario de la inversión o a un tercero, bien volviéndolo a explotar en régimen de leasing o arrendamiento común⁹⁵.

No podemos dejar de mencionar que, el 28 de mayo de 1988, UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) promovió el Convenio Internacional de Ottawa para leasing internacional, mismo que será aplicable (previa ratificación de cada uno de los Estados) a los contratos de leasing en el que la partes pertenezcan a distintos Estados firmantes del Convenio⁹⁶.

⁹² CORTÉS, op cit , pág 528

⁹³ Vid BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit., págs 257 y s

⁹⁴ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 550

⁹⁵ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 528

⁹⁶ CHULIÁ, Introducción al Derecho Mercantil, cit , pág 945

Como decíamos al inicio, un sector de la doctrina suele confundir el contrato del que venimos tratando (es decir el leasing clásico), con otros negocios que, si bien es cierto guardan algunas afinidades con aquél, lo cierto es que su configuración jurídica es bastante disímil, de modo que, en mi opinión no es posible llegar a tildarlos de verdaderas clases o modalidades de arrendamiento financiero.

Entre tales negocios encontramos el denominado leasing del fabricante, que es aquel en donde no interviene ninguna entidad de leasing, de modo que la operación se resuelve en una simple venta a plazos de un determinado bien que un fabricante o proveedor hace a quien lo requiere, facilitándole la adquisición mediante el aplazamiento y periodificación del pago⁹⁷.

Guardando cierto parecido con el “leasing del fabricante” y con el “renting” (del cual nos ocuparemos líneas abajo) encontramos el denominado leasing operativo, esto es, aquel negocio jurídico que tiene lugar cuando un fabricante o proveedor destina un bien de su propiedad para darlo en locación garantizando su calidad y funcionamiento⁹⁸. Por tal razón, las entidades que celebran contratos de “leasing operativo” alquilan bienes y equipos atendiendo a la vida física del bien que es aprovechable al máximo. Tal situación provoca que los contratos sean de corto plazo, dado que interesa la renovación reiterada del alquiler⁹⁹.

En cuanto a las diferencias con sus “primos”, en primer lugar, se diferencia del leasing clásico por el hecho de que las figuras del proveedor del equipo y la entidad de leasing coinciden en la misma persona, de tal forma que, carece de sentido la colaboración (que tiene lugar en aquél contrato) entre el usuario y la entidad financiera con el fin de seleccionar

⁹⁷ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 528

⁹⁸ BONEO VILLEGAS y BARREIRA DELFINO, afirman que “es una modalidad contractual anterior al leasing financiero y es practicada por los fabricantes y proveedores de equipos. Formalizado el contrato, sus principales características son: El Propietario o locador asume la obligación de conservar y mantener en buen estado de funcionamiento el bien facilitado y hacerse cargo de todos los gastos de reparación o refacción que no sean los originados por la culpa directa del locatario. Asimismo, asume la contratación y el pago de las primas de seguro correspondiente. Ambas partes, a su vez, tienen la facultad para revocar el contrato en cualquier momento, siempre que lo hagan con un preaviso conforme la anticipación que se haya pactado. También se le reconoce al locatario la posibilidad de renovar el convenio a su expiración por otros tantos períodos como le sea conveniente” (Contratos Bancarios Modernos, cit , pág 134)

⁹⁹ BONEO VILLEGAS y BARREIRA DELFINO, op cit , págs 134 y s

y adquirir el bien de manos del proveedor. Asimismo, se diferencia tanto del leasing “clásico” como del leasing “del fabricante” porque en la modalidad que estamos estudiando no se reconoce opción de compra a favor del cliente. Por último, en mi opinión, el “leasing operativo” se diferencia del “renting”, primero, por que lo normal es que el arrendador sea una entidad distinta al fabricante y, en segundo lugar, porque lo usual es que se trate de un empresario que adquiere una determinada cantidad de bienes para luego arrendarlos a distintos usuarios, normalmente por períodos muy cortos de tiempo (por lo general un día, un fin de semana o, cuando mucho, una semana)¹⁰⁰.

También, como ya comentamos, se suele tildar como una modalidad de arrendamiento financiero al denominado renting (contrato que se celebra con bastante frecuencia sobre vehículos automotores, de hecho las denominadas empresas de “rent a car” fundan su actividad empresarial en la celebración de esta modalidad contractual), no obstante en dicho negocio está ausente la etapa de colaboración entre las partes destinada a la adquisición de los bienes (que como se ha dicho es característica del que hemos denominado leasing clásico)¹⁰¹.

Finalmente, se habla del lease-back (conocida también como retro-leasing o sale and lease back). Aquí, un empresario, precisado de financiación y liquidez, vende un determinado activo a una entidad especializada (de modo que el cliente hace las veces de proveedor) y, al mismo tiempo que cobra el precio, lo toma en arrendamiento de manera que puede continuar explotándolo. Al igual que en el “leasing clásico” se suele pactar una opción de compra, a favor del usuario, misma que podrá ejercitarse al vencimiento del contrato¹⁰².

5.3 Régimen jurídico

Ante la falta de regulación sustantiva en nuestro Derecho, habrá de estarse, ante todo, a los pactos concluidos entre las partes, pudiendo, en su defecto, aplicarse analógicamente las disposiciones legales que regulan los contratos con los que presenta mayor afinidad¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr BONEO VILLEGAS y BARREIRA DELFINO, op cit , págs 135 y s

¹⁰¹ RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , pág

¹⁰² RODRÍGUEZ-AZUERO, op cit , pág 487

¹⁰³ Así, CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 529

Empero, aquí debe advertirse que la “Normativa para la constitución y supervisión de las entidades de Leasing o arrendamiento financiero”¹⁰⁴ sí que ofrece una breve noción de la operación de Arrendamiento Financiero, conceptuándolo como aquel negocio por medio del cual opera “la entrega, a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, por el arrendador a solicitud de arrendatario, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá el primero, durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final de arrendamiento una opción de compra, con base a un valor previamente convenido”. No obstante tal definición, la norma no regula el contenido esencial que emana del negocio, especialmente lo que hace a los derechos y obligaciones de las partes involucradas en el mismo.

Adicionalmente, habrá que tomar en cuenta la regulación tributaria de la materia (Acuerdo Ministerial 39-99, Gaceta N° 157 del 18 de agosto de 1999¹⁰⁵), ya que, aunque ésta no afecta la validez jurídico-privada de

¹⁰⁴En mi opinión, en términos generales, dicha norma debe interpretarse a la luz del Artículo 147 de la Ley 561: “Para los fines de esta Ley son Empresas Financieras de Régimen Especial aquellas constituidas en la República de Nicaragua o en el extranjero que mantienen con bancos e instituciones financieras no bancarias vínculo de propiedad, administración o uso de imagen corporativa, o bien sin existir estas relaciones, deciden el control electivo de común acuerdo. El carácter especial de estas empresas radica en que, no obstante no prestar servicios de intermediación bursátil o servicios financieros con recursos del público, quedan sujetas a los requisitos de supervisión consolidada en los términos de este Título. Las Empresas Financieras de Régimen Especial deberán tener objeto social único. Entre estas empresas se encuentran las de 2 Arrendamiento financiero. La constitución de las empresas referidas en este artículo, sus operaciones, capital social mínimo, requisitos de solvencia, aspectos contables y de auditoría, entre otros, podrán ser normados para cada tipo de empresa y con carácter general por el Consejo Directivo de la Superintendencia, en tanto no se dicte ley especial que las regule” (las negrillas son nuestras)

¹⁰⁵Es importante destacar que dicho Acuerdo Ministerial fue dictado antes de la profunda reforma tributaria operada en nuestro ordenamiento a través de la Ley de Equidad Fiscal (Ley N° 453 Gaceta 82 del 6 de mayo de 2003). Por tal razón, la vigencia formal de dicha norma es, cuando menos, cuestionable.

Con todo, vale la pena comentar, al menos para tener alguna referencia sobre el tema, los efectos jurídicos tributarios que prevé el susodicho Acuerdo Ministerial:

“PRIMERO: EFECTOS EN CUANTO AL IMPUESTO GENERAL AL VALOR

Los Servicios de Arriendo (Leasing) que prestan las Instituciones autorizadas por la Superintendencia de Bancos (Arrendadoras) y que consten con la respectiva constancia emitida por dicha Institución, se consideran como un servicio financiero. En consecuencia los contratos de arrendamiento financiero (Leasing) son considerados como servicios financieros y como tales el IGV del canon está exento.

SEGUNDO EFECTOS EN CUANTO AL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

a Las Instituciones Arrendadoras que presten este servicio de conformidad con el Artículo N° 22 del Impuesto sobre la Renta tienen derecho a una depreciación acelerada de los bienes dados en arriendo.

b Las Personas Naturales y/o Jurídicas que contraten los servicios de arrendamiento financiero (arrendatarios) de parte de Instituciones autorizadas, de conformidad con el Artículo N° 15 del IR tienen derecho a deducirse como un gasto el canon que le pagan a las Instituciones Financieras arrendadoras.

los contratos que la ignoren, condiciona, por el contrario, el disfrute de las ventajas fiscales¹⁰⁶.

5.4 Contenido del contrato

En lo que atañe al contenido obligatorio del contrato, vale la pena recordar que las obligaciones que asume la entidad de leasing son la de adquirir la propiedad del bien de acuerdo con las instrucciones del usuario y, además, ceder el uso del mismo durante el período de vigencia del negocio. Así, la entidad financiera compra por cuenta e interés del cliente, por lo que, aunque conserva la propiedad del bien, ésta no asume los vicios que puedan aquejarlo, los que pasan al usuario (que se subroga en los derechos y acciones que correspondan frente al proveedor), quedando este último, en consecuencia, vinculado a aquél en todo lo relativo al servicio y reparaciones¹⁰⁷.

Por su parte, el usuario asume la obligación de escoger el bien y sufrir los riesgos de una desacertada elección. Asimismo, debe cuidar la cosa dada en arriendo y destinarla al uso previsto (ya que pesa sobre él un rígido deber de diligencia en la conservación de la misma, que le hace correr con los riesgos de pérdida o deterioro y con los gastos de reparación). Lógicamente, también tiene el deber de satisfacer las cuotas pactadas; devolver la cosa, una vez cumplido el plazo (esto en caso de que no ejercite la opción de compra pactada) y, como obligación negativa, la prohibición de subarrendar o ceder la cosa¹⁰⁸.

Ahora bien, frente al incumplimiento por parte del cliente, la entidad de leasing, además de poder incoar las pertinentes acciones declarativas o ejecutivas, en su caso, podrá declarar resuelto el contrato e instar al Juez, en su calidad de propietaria, a la recuperación de los bienes cedidos. Todo sin perjuicio del derecho que asiste al usuario a plantear otras pretensiones relativas al negocio en el procedimiento judicial que corresponda¹⁰⁹.

En lo que respecta a la protección que el ordenamiento dispensa a la entidad de leasing, conviene examinar que frente al eventual embargo

c Se autoriza a las Instituciones Financieras Arrendadoras para que tributen de manera especial el Anticipo del IR conforme los ingresos recibidos de los contratos de arrendamiento financiero exclusivamente y no conforme el total del valor de los contratos del arrendamiento financiero, igual regla se aplicará sobre los Costos y Gastos Deducibles”

¹⁰⁶ CORTÉS, op cit, ibidem

¹⁰⁷ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, “Arrendamientos Mercantiles”, cit, pág 546

¹⁰⁸ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, agrega que, el usuario también asume la obligación de comunicar posibles embargos (op cit, ibidem)

¹⁰⁹ CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit, pág 530

del bien objeto del contrato (por parte de un acreedor del cliente), la entidad de leasing puede, en su calidad de propietaria, interponer la correspondiente tercería de dominio¹¹⁰.

En las situaciones de quiebra y concurso de acreedores del usuario, en virtud de la *separatio ex iure domini*, los bienes objeto del contrato no se incluirán en la masa de la quiebra, debiéndose poner a disposición del acreedor financiero, previo reconocimiento judicial de su derecho¹¹¹.

En cambio, si fuese la entidad de leasing la que quebrase, en línea de principio, tal situación no será causa de extinción del contrato, siempre y cuando el usuario cumpla con sus obligaciones de abonar los cánones periódicos frente a los órganos de la quiebra¹¹².

5.5 Extinción

Vencido el plazo de duración del contrato, el usuario puede ejercitar cualquiera de las tres siguientes variantes: 1. Optar por la compra del bien objeto del negocio (que por demás está decir es el supuesto usual), pagando el precio residual o simbólico previamente pactado. 2. Resolver definitivamente el contrato, devolviendo el objeto (en este caso, lo normal es que la entidad financiera otorgue el bien en arrendamiento financiero a un nuevo usuario, o, en el peor de los casos, lo usará ella misma). 3. Prorrogar el contrato, renovándolo según las nuevas condiciones que ambas partes quieran darse¹¹³.

6. El contrato de factoraje o factoring

6.1. Noción, función económica y régimen jurídico

Este contrato, aunque tiene antecedentes en la Inglaterra del siglo XVIII (hay quien incluso habla del siglo XV¹¹⁴), se difundió a partir de su práctica estadounidense, que data de fines del siglo XIX¹¹⁵.

¹¹⁰ Así, BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, cit , págs 259 y s

¹¹¹ CORTÉS, "Contratos Bancarios (I)", cit , pág 530

¹¹² PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, "Arrendamientos Mercantiles", cit , pág 548

¹¹³ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, op cit , pág 547

¹¹⁴ En tal sentido, BONEO VILLEGAS y BARREIRA DELFINO comentan que "su práctica a escala se verifica durante el período de las grandes exploraciones y colonizaciones realizadas en el siglo XV, época en que los comerciantes ingleses, franceses y españoles encargaban a un factor residente en las colonias la venta de mercaderías a clientes solventes para obtener el mayor provecho. La expansión de su funcionalidad y los beneficios que obtenían posibilitaron que comenzaran a financiar las operaciones con préstamos, anticipando los pagos a sus comitentes" (*Contratos Bancarios Modernos*, cit , pág 164)

¹¹⁵ ANGULO RODRÍGUEZ, Luis, "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración" en *Derecho mercantil*, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A , Barcelona, 2000, pág 284

El contrato de factoring se ha difundido en la práctica de los negocios como un contrato de colaboración en la gestión empresarial y, eventualmente, en la financiación de la empresa, carácter este último que nos obliga a estudiarlo en este apartado¹¹⁶.

Se trata de un negocio de carácter complejo, por el que una entidad (denominada factor o sociedad de factoring) se obliga frente a un empresario a gestionar el cobro del conjunto de los créditos que éste tiene frente a sus clientes, garantizando en unos casos el cobro de una parte o de la totalidad de los mismos en el supuesto de insolvencia de éstos, o bien anticipando el importe de los créditos, o ambas cosas a la vez¹¹⁷.

Junto con estas prestaciones principales (gestión de cobro de los créditos, financiación y garantía) el factor puede obligarse a efectuar algunas prestaciones complementarias, tales como: informaciones comerciales, llevanza de la contabilidad del empresario, “investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores y, en general, cualquier otra actividad que tienda a favorecer la administración, evaluación, seguridad y financiación de los créditos nacidos en el tráfico mercantil nacional o internacional, que le sean cedidos”¹¹⁸.

Dentro de las distintas funciones realizadas por las entidades de factoring, y que derivan de la noción expuesta, sobresalen las de garantizar los créditos cedidos por los empresarios y las de anticipar el importe de los créditos cedidos. Justamente por estas funciones la legislación de supervisión bancaria ha venido considerando a tales instituciones, en Derecho comparado, como “entidades de crédito de ámbito operativo limitado” y en la actualidad se califican, siempre en Derecho comparado, como una modalidad de los llamados “establecimientos financieros de crédito”¹¹⁹.

Por su parte, en nuestro país, al tenor del artículo 147 de la Ley 561, que forma parte del Título V, dedicado a los Grupos Financieros (y como ya hemos mencionado en otra oportunidad), se crea la noción de “Empresas Financieras de Régimen Especial”, y “entre estas empresas se encuentran las de: Operaciones de factoraje...”, de modo que las “Sociedades de Factoring” pueden tildarse de entidades de crédito, en sentido amplio. Además, al tenor de lo dispuesto en el inciso 4 del

¹¹⁶ ANGULO RODRÍGUEZ, op cit , ibidem

¹¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , págs 185 y s

¹¹⁸ Vid SÁNCHEZ CALERO, op cit , pág 186

¹¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, op cit , ibidem

artículo 53 de la Ley 561, los Bancos se encuentra plenamente facultados para “realizar operaciones de factoraje”.

De hecho, como puede observarse, en nuestro país la legislación sigue la tradición, arraigada en algunos países latinoamericanos, de utilizar, a cambio del término inglés, la expresión factoraje (aunque también en el foro se habla de contrato u operación de “facturación”, “factorización” o “facturaje”).

Con todo, el contrato de factoring no está regulado en nuestro sistema jurídico, siendo por tanto un contrato atípico¹²⁰, que, no obstante, por medio de las condiciones generales de la contratación ha alcanzado una cierta tipificación social. Aunque, la remisión a los usos en las condiciones generales del contrato debe ser aplicada con cierta cautela¹²¹.

Empero, para superar alguno de los problemas con los que se encuentra el régimen convencional de este contrato pueden servir como referencia las disposiciones del Convenio Internacional elaborado por UNIDROIT y suscrito en Ottawa en 1988, que regula el contrato de factoring internacional¹²².

6.2 Efectos del contrato

- a) Aun y cuando el contenido del contrato es variopinto, no sólo por el carácter complejo del mismo, sino por las distintas modalidades de las obligaciones que las partes pueden asumir. Nos parece que, como ha señalado la doctrina predominante, “los créditos que son cedidos a la entidad de crédito constituyen el presupuesto objetivo del factoraje”. Es decir, el negocio en cuestión precisa de la existencia (presente o futura) de unos créditos. Sin este presupuesto no es posible hablar de contrato de factoring. En fin, el núcleo esencial del negocio viene a ser la gestión de cobro de los créditos en nombre propio, para cuya efectividad se impone la cesión de los créditos a la entidad de factoring¹²³.

¹²⁰ Aunque, en puridad, no puede tildarse de “atípico puro” sino más bien de “atípico impropio”, ya que, como luego veremos, parece más conveniente considerarlo como contrato “mixto o complejo”

¹²¹ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 559

¹²² SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , pág 186

¹²³ ZUNZUNEGUI, agrega que “En este marco, la cesión de créditos cumple una función instrumental. El cliente se obliga a ceder los créditos al factor, quien, tras la cesión, pasa a ser titular de los mismos. Adquiere el crédito y se encarga de cobrarlo en nombre propio. En su núcleo esencial el factoraje es una actividad en interés del cliente que consiste en el cobro de los créditos por el factor en nombre propio como titular de los mismos. De tal modo que la actividad de administración de los créditos una vez cedidos la realiza el factor por cuenta propia como acreedor. Tan sólo puede exigir al cliente la colaboración necesaria para la realización del encargo” Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 560

Ahora bien, esta gestión de cobro de los créditos (que por lo general se encontrarán representados en las facturas emitidas por el empresario), se puede hacer efectivo de dos formas a saber: bien en cuanto sean atendidas a sus respectivos vencimientos (maturity factoring), o bien “anticipando” su monto el factor, total o parcialmente, con el oportuno descuento (credit cash factoring). Asimismo, es posible que se ceda el crédito notificándolo al deudor (notification factoring) o sin esa notificación (non notification factoring)¹²⁴.

Completando el servicio de gestión o administración, es posible que la entidad de factoring se obligue a realizar otras prestaciones (que incluso pueden tildarse de secundarias, pero que revisten una enorme importancia para el cliente), entre otras: información sobre la clientela, procediendo a su “clasificación” en función del riesgo que es aconsejable asumir con arreglo a la solvencia y características de cada cliente; la facturación de los productos o servicios prestados a dicha clientela, efectuada, como es natural, a nombre del propio empresario; la llevanza de la contabilidad¹²⁵.

- b) El “anticipo de fondos”, que tiene lugar con motivo de la cesión de los créditos, no es otra cosa que una movilización de los créditos comerciales del cliente que le permite un cobro anticipado de los mismos¹²⁶.

Este servicio de financiación, que se instrumenta (de manera similar a como sucede en el contrato de descuento) a través de la cesión y la anticipación de su importe con deducción de los intereses correspondientes hasta el vencimiento, es un elemento natural del contrato, que, pese a su importante función económica, no puede catalogarse de esencial, en tanto es posible que exista contrato sin necesidad de pactar dicho anticipo de los créditos¹²⁷.

- c) Adicionalmente, el factor puede ofrecer un servicio de garantía, esto es, asumir la cobertura del riesgo de eventual insolvencia del deudor de los créditos, siempre que su cuantía se acomode a la clasificación

¹²⁴ ANGULO RODRÍGUEZ, Luis, “Contratos de colaboración” en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, pág 363

¹²⁵ Así, ANGULO RODRÍGUEZ, “Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración”, cit , pág 284

¹²⁶ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 564

¹²⁷ Véase CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit , pág 525

otorgada para cada cliente, en cuyo caso se habla de factoring propio en el que riesgo lo asume el factor y la cesión del crédito se entiende efectuada pro soluto (“sin regreso” o mejor conocida entre nosotros como “sin recurso”)¹²⁸.

Tal modalidad debe distinguirse del factoring impropio en donde el riesgo de impagados no se transfiere al factor, quien recibe la cesión pro solvendo, es decir, “salvo buen fin” (“con recurso” o “con regreso”)¹²⁹.

Por su parte, el empresario asume la obligación de ceder a la entidad de factoring el conjunto de créditos que deriven de su actividad empresarial y que nazcan durante el tiempo en que permanezca en vigor el contrato. No obstante, es común que el factor suela reservarse la facultad de rechazar la cesión de ciertos créditos, respecto a los cuales asumirá simplemente la obligación de gestión de cobro¹³⁰.

Además, el empresario deberá pagar las comisiones que hayan sido pactadas por la actuación del factor y, como ya señalamos, en el caso de que reciba financiación de la entidad de factoraje, los intereses se suelen descontar de los anticipos que el empresario reciba¹³¹.

d) Es importante destacar que, como señalamos oportunamente, es bastante usual que el contrato tenga por objeto no sólo los créditos actuales ya existentes, sino que otros eventuales que puedan constituirse en el futuro. Así, ante tal situación es posible articular cualquiera de las dos siguientes variantes: en primer término, las partes pueden estructurar esa “proyección” o “duración” del negocio mediante la conclusión de un “contrato general”, pero “no definitivo” (o sea, preparatorio o preliminar), que obliga, necesariamente, a ir concluyendo singulares contratos definitivos conforme se van generando los créditos contra terceros que reúnan las características convenidas; en segundo orden, es posible concertar un contrato “duradero” de factoring, a saber, un contrato único y definitivo que va generando una pluralidad de relaciones entre las partes tan pronto como se adquiera o constituya un nuevo crédito de los previamente definidos o incluidos en el contrato¹³².

¹²⁸ Cfr. CHULIÁ, Introducción al Derecho Mercantil, cit., pág. 942

¹²⁹ CHULIÁ, op. cit., pág. 942

¹³⁰ SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit., pág. 187

¹³¹ SÁNCHEZ CALERO, op. cit., ibidem

¹³² CORTÉS, “Contratos Bancarios (I)”, cit., págs. 526 y s.

6.3 Naturaleza jurídica

La gran variedad de modalidades que presenta el negocio que nos ocupa, permite sostener diferentes concepciones de este contrato y atribuirle distinta naturaleza, según se ponga el acento en uno u otro de los servicios que puede prestar el factor. Justamente, la amplia gama de servicios que pueden ser ofrecidos a través del negocio aconseja considerarlo como un contrato de colaboración y no como un contrato de financiación, ya que (tal como dejamos constancia) no siempre existe anticipo de fondos¹³³.

Se trata, por consiguiente, de un contrato complejo o mixto, con elementos de diferentes figuras contractuales que corresponden a los contratos de arrendamiento de servicios, de comisión, de concesión de crédito, de cesión de créditos, pro soluto o pro solvendo, y de seguro de crédito; un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento, aunque, eso sí, lo normal es su formalización por escrito, con amplias condiciones generales preconfiguradas por el factor; un contrato de duración; de “tracto sucesivo” y carácter normativo, en el que se establece el marco en el que luego habrán de tener lugar las subsiguientes prestaciones; y un contrato mercantil, por tratarse de un contrato de empresa, en el que su propio contenido exige que ambas partes sean empresarios y se refiere a la propia actividad mercantil de ambos¹³⁴.

6.4 Extinción

Tratándose de un negocio sinalagmático son aplicables las causales de extinción generalmente aceptadas para los mismos, entre otras: el mutuo disenso, el vencimiento del plazo, la extinción de cualquiera de las entidades intervinientes o las situaciones de quiebra¹³⁵.

¹³³ En esta línea ANGULO RODRÍGUEZ recuerda que “en unos casos, la empresa de “factoring” actúa en interés propio, cuando los créditos facturados le son cedidos pro soluto en el “factoring” propio; pero en otros, lo hace en interés ajeno, como en el contrato de descuento, cuando la cesión es “salvo buen fin” en el “factoring” impropio (“Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración”, cit , pág 285)

¹³⁴ ANGULO RODRÍGUEZ, “Contratos de colaboración”, cit , pág 364

¹³⁵ RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , pág 523

7. La Tarjeta de crédito

7.1 Nociones generales

Nos parece que para realizar un adecuado estudio del instituto jurídico de la tarjeta de crédito hay que mostrar a la misma en sus dos facetas, perfectamente diferenciables: en primer lugar, como título de crédito impropio o, mejor, como título de legitimación; en segundo orden, a través del complejo entramado de relaciones jurídicas que hacen posible el uso, y la existencia misma, de la tarjeta de crédito.

7.2 Antecedentes y definición

La tarjeta de crédito, cuya utilización en nuestro país, al menos para el caso de los bancos (ya que, de hecho, en la práctica existen otras instituciones que se ocupan de su emisión y gestión), viene refrendada en el inciso 6 del artículo 53 de la Ley 561¹³⁶, ha sido definida por la doctrina como un documento, de tamaño reducido y de fácil manejo, que actúa como título de legitimación, permitiendo a su titular obtener bienes o servicios sin necesidad de realizar su pago inmediato en dinero, limitándose éste en el momento de la adquisición a la firma de una factura o nota de cargo (conocida entre nosotros como boucher), que será presentada por el establecimiento suministrador al emisor de la tarjeta, que abonará su importe y lo cargará posteriormente en la cuenta que mantiene con el titular¹³⁷.

Así, la tarjeta de crédito responde a la tendencia seguida en la evolución de los medios de pago, esto es, lograr una mayor comodidad y la supresión del empleo de numerario. Por ello, ha venido a erigirse en el último eslabón en el largo y lento proceso evolutivo que ha sufrido el dinero a lo largo de la historia, de tal forma que la doctrina económica le suele denominar “dinero de plástico”¹³⁸.

Si bien es cierto algún autor sostiene que fue Europa el lugar de nacimiento de la tarjeta de crédito, para ser exactos a inicios del siglo

¹³⁶ Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros (La Gaceta Diario Oficial 232 de 30 de Noviembre de 2005)

¹³⁷ GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel, “La Tarjeta de crédito” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A, Barcelona, 2000, pág 191

¹³⁸ GÓMEZ PORRÚA, op cit, ibidem

XX, en el entorno de los importantes hoteles para uso exclusivo de clientes fijos, tanto en Francia e Inglaterra como en Alemania; lo cierto es que dicho instrumento, tal y como lo conocemos hoy en día, fue una creación de Diner's Club, allá por el año de 1950, quien emitió una tarjeta que, por esa época, tan solo podía utilizarse para gastos efectuados en restaurantes¹³⁹.

7.3 Naturaleza jurídica

En línea de principio, la tarjeta de crédito es un documento mercantil de carácter privado, de tal modo que su naturaleza jurídica es semejante a la de los títulos-valores, pero más exactamente se trata de un título de crédito impropio o título de legitimación, en tanto se desdibujan marcadamente la nota de la "literalidad" y el principio de autonomía e independencia entre el título y el negocio causal que, por otra parte, caracterizan a aquéllos¹⁴⁰.

En efecto, se trata de un título de legitimación que permite a su titular el ejercicio de unos derechos derivados de un contrato que previamente ha celebrado con el emisor, y cuyos límites están prefijados en dicho negocio y en aquel otro celebrado entre el emisor y el establecimiento adherido o asociado¹⁴¹.

Es, además, un título directo, que reconoce el derecho en él incorporado a una persona determinada, nominativo, personal, intransferible y de eficacia temporal¹⁴².

7.4 Función económica

La función económica de la tarjeta de crédito es triple¹⁴³:

- a) En primer lugar, es un instrumento de pago que permite a su titular efectuar ciertas operaciones, bien con el propio emisor o bien con

¹³⁹ SIMÓN, Julio A , Tarjetas de crédito, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, págs 43 y s

¹⁴⁰ En tal sentido véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J , "La representación de la posiciones jurídicas en el tráfico mercantil Los títulos valores Las anotaciones en cuenta" en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, pág 346

¹⁴¹ GÓMEZ PORRÚA, "La Tarjeta de crédito", cit , pág 193

¹⁴² GÓMEZ PORRÚA, op cit , ibidem

¹⁴³ GÓMEZ PORRÚA, op cit , págs 192 y s

terceras personas, sin que tenga que utilizar dinero en efectivo, cheques u otros documentos mercantiles, como medio para la facilitación de los pagos. Empero, al igual que sucede con el cheque, la tarjeta de crédito no produce efectos liberatorios hasta su realización por el emisor.

- b) Además, la tarjeta es un instrumento de garantía, ya que, una vez que se lleva a cabo la adquisición, el titular se limita a exhibir la tarjeta de crédito, procediendo a su identificación y a la firma de la nota (boucher) correspondiente, cuyo monto será abonado directamente por el emisor al establecimiento vendedor. En otras palabras, el empleo de la tarjeta garantiza el pago de la compra o servicio por el emisor, lo que representa una garantía para el establecimiento vendedor.
- c) En fin, se trata de un instrumento de crédito, en la medida en que el reembolso de los gastos efectuados se efectuará en una fecha posterior a la de utilización de la tarjeta de crédito.

7.5 Sistema de la tarjeta de crédito

7.5.1 Elementos personales¹⁴⁴

a) Emisor

El emisor es quien expide la tarjeta y la pone a disposición de sus clientes en virtud del contrato que suscribe con ellos (que en nuestro ordenamiento se denomina “contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y emisión y uso de tarjeta de crédito”¹⁴⁵), para que la utilicen

¹³⁹ SIMÓN, Julio A , Tarjetas de crédito, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, págs 43 y s

¹⁴⁰ En tal sentido véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J , “La representación de la posiciones jurídicas en el tráfico mercantil Los títulos valores Las anotaciones en cuenta” en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, pág 346

¹⁴¹ GÓMEZ PORRÚA, “La Tarjeta de crédito”, cit , pág 193

¹⁴² GÓMEZ PORRÚA, op cit , ibidem

¹⁴³ GÓMEZ PORRÚA, op cit , págs 192 y s

¹⁴⁴ Véase en este sentido, entre otros, ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , págs 586 y s , FARINA, Juan M , Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, 1994, págs 571 y s , URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio, “Del título valor en general concepto y caracteres” en la obra Uría – Menéndez Curso de Derecho Mercantil, T II, Civitas, Madrid, 2001, págs 696 y s

¹⁴⁵ Denominado así por la Ley 515, de promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito La Gaceta Diario Oficial N° 11, del 17 de enero del 2005

como medio de facilitación de pagos en la adquisición de bienes o servicios. Así, el emisor se obliga, con el establecimiento que procura los aludidos bienes o servicios, a enterar el importe de la nota de cargo (boucher) correspondiente.

b) Entidad de franquicia

Por su parte, la entidad de franquicia es la propietaria de la marca de la tarjeta de crédito, de modo que autoriza al emisor a poner en circulación en un determinado país o zona, ya con carácter exclusivo o compartido, la referida tarjeta de crédito (verbigracia: VISA; MASTER CARD, etc.).

c) Titular, contratante y beneficiarios

Es importante distinguir entre estos elementos personales. En tal sentido, el titular es la persona autorizada a utilizar la tarjeta de crédito en virtud de un contrato suscrito con el emisor.

Sin embargo, aquél no tiene por qué ser, forzosamente, la persona contratante (piénsese, por ejemplo, en el negocio suscrito por el emisor y un empresario –en calidad de contratante-, en donde se designa al gerente general de la empresa como titular de la tarjeta de crédito –para que este utilice la tarjeta para atender los “gastos de representación” propios de su cargo-).

En fin, cuando el titular es a su vez contratante, pero designa a otras personas para que puedan hacer uso de la tarjeta (normalmente familiares cercanos o amigos), es preciso distinguir entre titular básico o contratante y titulares autorizados o beneficiarios.

d) Avalista o Fiadores.

También es posible que entren en escena otros sujetos relacionados con el titular, cuya presencia viene a ser exigida por el emisor para reforzar la solvencia de aquél, en tanto que responderán solidariamente por las deudas contraídas, estos son: el fiador o el avalista.

Cabe señalar que en nuestro medio es más bien común la presencia del fiador, ya que la institución del aval es más bien residual en el tráfico jurídico.

e) Establecimiento asociado (denominado también “comerciante adherido”)

Dicha entidad facilita al titular los bienes o servicios que necesita, admitiendo, pues, la tarjeta de crédito como instrumento de facilitación del pago, atribuyendo posteriormente su importe al emisor, y soportando, además, el descuento correspondiente a la comisión concertada, que normalmente es exigido por el emisor.

7.5.2 Relaciones contractuales

Las relaciones contractuales que emanan del sistema de la tarjeta de crédito son variopintas, y entre estas destacan:

7.5.2.1 Relación entre el emisor y el titular o tarjeta-habiente

Es una relación contractual que se asemeja a la propia de un contrato de apertura de crédito, aunque, eso sí, con tintes especiales¹⁴⁶; de hecho nuestro ordenamiento, en la Ley 515, de promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito, le denomina, como ya dijimos, “contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y emisión y uso de tarjeta de crédito”.

Vale la pena comentar que no falta quienes afirmen que la relación jurídica entre el emisor y el titular de la tarjeta es un contrato de préstamo, sin embargo habrá que recordar que, en línea de principio, el contrato de préstamo es de naturaleza real, lo que implica la previa entrega de las cantidades de dinero objeto del mismo, por lo cual queda descartada la asimilación del contrato de préstamo al negocio jurídico que nos ocupa¹⁴⁷.

¹⁴⁶ En sentido distinto a lo que nosotros creemos, la jurisprudencia argentina entiende, según ha señalado FARINA, que “el contrato de emisión de tarjeta de crédito constituye una figura contractual compleja, pues ha de existir un contrato que genera relaciones entre el emisor y el titular, y otro contrato entre el emisor y el comercio ante el cual el usuario emplea su tarjeta. Por un lado, la emisora contrata con el comercio, de tal modo que éste acepte la tarjeta presentada por el titular, para lo cual la emisora se obliga a pagar a ese establecimiento el importe consumido, previa deducción de una comisión. Por otra parte, el usuario se compromete a pagar al emisor la cantidad que resulte de los gastos hechos según una liquidación periódica. De no darse es doble relación, la tarjeta carece de toda eficacia práctica para el usuario” (Contratos comerciales modernos, cit., pág. 573).

Nos parece que el error del juzgador argentino obedece al hecho de confundir el que nosotros hemos denominado “sistema de la tarjeta de crédito” con la relación contractual existente entre el emisor y el titular de la tarjeta de crédito.

¹⁴⁷ Vid. GÓMEZ PORRÚA, “La Tarjeta de crédito”, cit., pág. 196.

En nuestro sistema jurídico, el contrato se encuentra regulado, de manera muy prolija, en la precitada Ley 515 y, de forma adicional, en la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito” (Resolución CD-SIBOIF-443-1-SEP26-2006), elaborada por la SIBOIF. Por ende se trata de un negocio típico, de cuyo estudio nos ocuparemos a continuación.

Antes de proceder tal análisis, no queremos dejar de comentar que las características del contrato de emisión de la tarjeta de crédito, en el ordenamiento jurídico nicaragüense, son las siguientes: es un contrato, como acabamos de decir, típico, de adhesión, en serie, sinalagmático, de ejecución continuada y formal, ya que el legislador impone la forma escrita.

a) Interés público

Merece la pena destacar que el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y emisión y uso de tarjeta de crédito, y las operaciones derivadas del mismo, se consideran, en nuestro Derecho, de interés público, estableciéndose, en tal sentido, que el órgano regulador y fiscalizador de las instituciones que celebran los contratos de este tipo será la Superintendencia de Bancos y de otras instituciones financieras¹⁴⁸.

b) Exaltación del principio de buena fe contractual

Llama poderosamente la atención el hecho de que, según los dictados de la Ley, y a diferencia de lo que sucede con el resto de contratos típicos en nuestro ordenamiento (que carecen de una norma expresa de tal calado), la relación entre el emisor de la tarjeta de crédito y el usuario se rige bajo el principio de la buena fe, en los negocios. De modo que, el pago indebido cobrado de mala fe por el emisor se sancionará con una multa a favor del fisco equivalente a cien veces el monto de dicho valor, pudiendo demostrarse éste con la sola presentación del estado de cuenta del cliente. Todo ello sin perjuicio de la restitución al usuario del valor cobrado más los intereses causados¹⁴⁹.

¹⁴⁸ En ese mismo sentido el artículo 21 de la norma reitera que “La presente Ley es de orden público e interés social”

¹⁴⁹ Artículo 4 3 de la Ley 515

c) Elementos personales

Las únicas personas autorizadas para actuar como emisores en este tipo de negocios son las personas jurídicas, con domicilio en Nicaragua, constituidas como sociedades anónimas, amén de las personas jurídicas con domicilio extranjero que se dediquen a tal negocio¹⁵⁰.

Obviamente, podrá ser titular o “tarjeta-habiente” (como le llama nuestro ordenamiento) toda persona, natural o jurídica, capaz de obligarse con el emisor. Llama poderosamente la atención que en nuestra práctica foral es bastante usual que el emisor acepte, en calidad de titular de la tarjeta, a sujetos que no gozan de la libre disposición de sus bienes, y por ende son, jurídicamente hablando, incapaces para contratar libremente. No obstante, en estos casos, pesa más para el emisor la “aparente” solvencia económica del individuo, que la observancia de los preceptos básicos para la prestación del consentimiento sin vicios.

d) Obligaciones del emisor

Al configurarse como un contrato consensual y sinalagmático, es posible afirmar que la principal obligación que corre a cargo del emisor (tal como sucedía en el contrato de “apertura de crédito” que estudiamos líneas arriba), es poner a disposición del cliente, en la forma y tiempo acordados, las cantidades de dinero que este último le exija dentro de los términos convenidos.

Junto a esa obligación, que hemos tildado de principal, la Ley 515 exige algunas otras adicionales. Aquí destaca el dictado del artículo 9 que obliga al emisor a comunicar al fiador solidario el estado de mora en que ha incurrido el deudor principal. Así, el fiador solidario queda exento de responsabilidad por los créditos autorizados por el emisor en exceso al límite original de crédito suscrito con el usuario, salvo que este diere su autorización expresa al momento de establecerse el nuevo límite de crédito o “extrafinanciamiento”¹⁵¹.

¹⁵⁰ Artículo 3 de la Ley 515

¹⁵¹ En nuestra práctica foral se entiende por “extrafinanciamiento” aquel desembolso concedido por el emisor en exceso del límite de crédito aprobado originalmente para el tarjeta-habiente. Así, el artículo 15 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito” establece que “Corresponde a financiamiento aparte del límite de la línea de crédito, formalizado en un nuevo contrato, el cual tiene las características de un préstamo personal que se concede bajo sus propias condiciones y usualmente es pagado en cuotas mensuales. La oferta de extrafinanciamiento deberá contener la tasa de interés corriente anual, la tasa moratoria anual y las comisiones, honorarios y cargos conexos. Adicionalmente deberá ser aceptado expresamente por el tarjeta-habiente.

En ningún caso se podrán realizar pagos de las cuotas del “extrafinanciamiento” así como de cualquier otro crédito diferente al de la tarjeta de crédito, mediante débito automático a la misma, salvo que lo autorice expresamente el tarjeta-habiente”

Además, el emisor de la tarjeta de crédito está obligado a notificar al fiador de cualquier estado de mora en la que haya incurrido el usuario de la tarjeta de crédito, en un plazo no mayor de treinta días posteriores de ocurrido tal hecho. De no verificarse dicha notificación en el tiempo establecido, el emisor de la tarjeta pierde su derecho de reclamar el pago vencido al fiador del deudor principal.

El artículo 16 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito” deja en claro que los emisores están obligados a enviar a los titulares, a la dirección que éstos indiquen, a más tardar siete días hábiles después de la fecha de corte, un estado de cuenta mensual.

Dicho estado de cuenta deberá contener, como mínimo, la información siguiente: “a) Identificaciones. Nombre del emisor, marca de la tarjeta, nombre y dirección del tarjeta-habiente e identificación de la cuenta. b) Descripciones. Enumeración explícita de los rubros que el tarjeta-habiente debe pagar, donde se anote la fecha de la compra, el negocio afiliado, país, monto en la moneda pactada según sea el caso, y resultados de las actividades promocionales. c) Detalles financieros. En rubros separados debe aparecer la fecha de corte, fecha límite de pago, tipo de tasa de interés (fija o variable), tasa de interés corriente anual, monto por intereses corrientes, tasa de interés moratoria anual, monto de intereses moratorios, desglose de las comisiones, honorarios y cargos, saldo anterior, monto de compras de bienes y servicios realizados en el ciclo, monto de retiros en efectivo realizados en el ciclo, pago mínimo, porción de principal incluida en el pago mínimo, pago de contado, los pagos efectuados en el ciclo, y cualquier débito o crédito aplicado a la cuenta. También debe incluirse el mismo detalle para cualquier otro tipo de crédito que se otorgue relacionado con la tarjeta de crédito, tal como el extrafinanciamiento. En caso de que la gestión de cobro de la cuota por “extrafinanciamiento” se refleje en el estado de cuenta de la tarjeta de crédito, aunque forme parte del pago mínimo de la tarjeta, deberá detallarse por separado el monto desembolsado del “extrafinanciamiento”, plazo, tasa de interés anual, detalle de principal e intereses de la cuota del mes y saldo después del pago de la cuota. Todos los rubros deben corresponder al respectivo ciclo del estado de cuenta, exceptuando las transacciones flotantes. Otra información: se deberá detallar, entre otros, el procedimiento y período que tiene el tarjeta-habiente para impugnar cargos en su estado de cuenta, procedimiento para el reporte de extravío o pérdida de la tarjeta, lugares donde se puede efectuar el pago, teléfonos de servicio al cliente, y cualquier otra información que se considere de beneficio para el tarjeta-habiente”.

Otra obligación que corre a cargo del emisor es la de poner a disposición del usuario un número telefónico con servicio las veinticuatro horas del día, con el único fin de recibir informe sobre robo, extravío o pérdida de la tarjeta de crédito, todo con la intención de proceder al “bloqueo” de ésta, de forma inmediata¹⁵².

e) Obligaciones del tarjeta-habiente

Por su parte, las principales obligaciones del titular de la tarjeta de crédito son: la restitución de la cantidad de dinero objeto del negocio, la satisfacción de los intereses pactados y el pago de las comisiones pactadas.

En lo que atañe a la obligación de restitución, el artículo 14 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito” prevé, cuando menos, dos posibilidades: en primer lugar el denominado “pago de contado”, a saber, el pago total del saldo adeudado por el tarjeta-habiente a la fecha de corte, expresado en la moneda pactada; en segundo término el conocido como “pago mínimo”, o sea, aquel que corresponde al pago del ciclo expresado en la moneda pactada, que cubra una amortización no menor del 2.5% del saldo de principal, más los intereses corrientes y moratorios. Además, se prevé que el emisor pueda cobrar una cuota mínima preestablecida cuando la referida sumatoria del pago mínimo resulte en una cantidad menor.

Cabe destacar que el artículo 4 de la Ley 515 se ocupa de regular lo que atañe a los intereses. Así, en materia de intereses convencionales, la norma remite a lo establecido en el artículo 46 de la Ley 314, disposición que equivale al artículo 50 de la vigente Ley 561, el cual reza que “en los contratos que los bancos celebren con sus clientes, éstos podrán pactar libremente las tasas de interés. Por consiguiente, quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a este artículo”.

Por lo que hace a los intereses moratorios se atenderá, según señala el mismo artículo 4 de la Ley 515, a lo dispuesto en los artículos 2002 y 2003 del Código Civil (aquí vale la pena comentar que, contrario a lo que cree el legislador, dichos preceptos no hacen alusión a los intereses moratorios, sino más bien a la cláusula penal que es una institución jurídica disímil a aquélla). Así, el precepto en cuestión prevé que,

¹⁵² Artículo 12 de la Ley 515

cuando se demandaren sólo los intereses moratorios, estos nunca podrán exceder en monto ni cuantía a la deuda principal, y cuando se reclamare la deuda principal y los intereses moratorios, estos últimos no podrán exceder el 25% (veinticinco por ciento) del adeudo principal. Así mismo, si la obligación principal fuere cumplida en parte, los intereses moratorios se reducirán en la misma proporción.

Siempre en materia de intereses, la norma prevé que sin perjuicio de lo establecido en la legislación penal vigente y de las sanciones que de forma administrativa fije el órgano regulador, cometen el delito de usura los que en cualquier forma cobren un interés mayor al previamente establecido en el contrato respectivo, aún cuando dicho interés o recargo se encubra o disimule de cualquier manera, o se le dé otras denominaciones, tales como pago vencido, cargo por servicios, o cualesquiera otros términos o conceptos¹⁵³.

Se exceptúa de lo anterior lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley, donde se establece el cobro de honorarios por gestiones de cobro extrajudicial. Así, en los contratos cuyo límite de crédito sea menor al equivalente de un mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en córdobas, dichos honorarios no podrán exceder de diez dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en córdobas. En todos los otros casos, tal cobro no podrá exceder del uno por ciento (1%) del monto adeudado.

También merece considerarse aquí lo señalado en el artículo 7 de la Ley, donde se deja sentado que todo cobro efectuado en concepto diferente al de la compra de bienes o adquisición de servicios por parte del usuario de la tarjeta de crédito, tales como emisión de tarjetas, comisiones, manejo o cobro extrajudicial, no generarán intereses en los primeros cuarenta y cinco días contados a partir de la fecha que se establezca el cobro en el estado de cuenta respectivo. Así, de no cancelarse en ese período tales sumas, se considerarán incluidas al principal y generarán el interés correspondiente.

Por lo que hace a la obligación de pagar comisiones, que corre a cargo del tarjeta-habiente, la segunda parte del artículo 7 del que venimos tratando, prevé que cualquier tipo de recargo a cobrar por efecto de comisiones, mora, seguro o manejo, entre otros, deberá estar previamente establecido en el contrato de adhesión o, en su defecto, aceptado expresamente por

¹⁵³ Artículo 13 de la Ley 515

el usuario de la tarjeta de crédito para que le pueda ser cobrada en su estado de cuenta correspondiente. En ninguno caso el silencio por parte del usuario de la tarjeta de crédito podrá ser interpretado como señal de aceptación.

Dicha disposición guarda estrecha relación con lo establecido en el artículo 13 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito”, la cual prevé que “los emisores podrán cobrar en concepto de comisiones, honorarios y otros cargos, únicamente los siguientes: a) Comisión por retiros de efectivo: Corresponde al porcentaje que cobra el emisor por retiros de efectivo conforme lo establecido en el contrato. Dicha comisión es imputable por una sola vez a cada retiro efectuado. b) Honorarios por gestión de cobro extrajudicial: Corresponde a honorarios por gestión de cobro extrajudicial que cobra el emisor cuando el tarjeta-habiente cae en mora de acuerdo a los límites establecidos en el artículo 8 de la Ley 515. Dichos honorarios son imputables en cada ciclo que el tarjeta-habiente cae en mora. c) Cargo por reposición de tarjeta: Corresponde al cargo que cobra el emisor para cubrir gastos de reposición de tarjeta de crédito por pérdida, robo o deterioro. d) Cargo por membresía: Corresponde al cargo anual que cobra el emisor por uso de la tarjeta de crédito del tarjeta-habiente, así como, las tarjetas adicionales autorizadas por el mismo. e) Cargo por sobregiro: Corresponde al cargo que cobra el emisor cada vez que se produce un sobregiro en el límite autorizado. f) Cargo por mantenimiento de valor: Corresponde al resultado de aplicar el mantenimiento de valor conforme la Ley Monetaria vigente, utilizando el tipo de cambio oficial emitido por el Banco Central de Nicaragua. g) Otros cargos previamente autorizados por el Superintendente. Adicionalmente, la norma precisa que, de conformidad con el artículo 7 de la Ley 515, las comisiones, honorarios y otros cargos contenidos en el presente artículo, salvo el cargo por mantenimiento de valor, no generarán intereses en los primeros cuarenta y cinco días contados a partir de la fecha que se establezca el cobro en el estado de cuenta respectivo”.

Junto a estas obligaciones principales el artículo 12 de la Ley establece que en caso de pérdida, extravío o destrucción de la tarjeta de crédito, el usuario de la tarjeta estará obligado a dar aviso de inmediato a la institución emisora para que la ponga fuera de servicio u ordene su inmediata cancelación. Para tal efecto, el emisor deberá llevar un registro de notificación de tal circunstancia y deberá proveer al titular de la tarjeta de un número de notificación que evidencie el reporte. En este

caso, la responsabilidad del usuario de la tarjeta cesará a las veinticuatro horas de haber efectuado el respectivo aviso.

f) Requisitos formales

Los contratos tipos, generalmente empleados por el emisor para la celebración del negocio, deberán ser aprobados por el órgano regulador. Además, una vez aprobados, deberán ser publicados en cualquier medio de comunicación social escrito de circulación nacional, a cuenta del emisor de la tarjeta de crédito. Por si fuera poco, los contratos celebrados entre el titular y el emisor de la tarjeta de crédito también serán revisados por el órgano regulador¹⁵⁴.

Al tenor del artículo 10, el contrato de emisión de tarjeta de crédito deberá reunir las siguientes “condiciones”: 1. Deberá ser redactado en ejemplares de un mismo tenor para el emisor, para el eventual fiador personal del titular, en su caso, y para el usuario autorizado que tenga responsabilidades frente al emisor. El emisor deberá entregar tantas copias del contrato como partes intervengan en el mismo. 2. Deberá redactarse claramente y con tipografía fácilmente legible a simple vista. 3. Las cláusulas que generen responsabilidad para el usuario de la tarjeta de crédito deben estar redactadas mediante el empleo de caracteres destacados o subrayados¹⁵⁵.

Junto a esas “condiciones” el artículo 5 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito” establece que los modelos de contratos deberán, como mínimo, contener lo siguiente: “1. Nombre del contrato: el contrato debe titularse como “Contrato de Apertura de Crédito en Cuenta Corriente y Emisión y Uso de Tarjeta de Crédito”. 2. Contratantes: Relación de la entidad emisora como sociedad anónima

¹⁵⁴ Artículo 5 de la Ley 515 No podemos dejar de comentar que, según la norma en cuestión “Los contratos actualmente en vigencia mantendrán su validez por un periodo de seis meses contados a partir de la publicación de la presente Ley En el caso que estos contratos fueren renovados, los mismos deberán observar lo estipulado en la presente Ley y lo relacionado en la normativa que para tal fin emita el órgano regulador”

¹⁵⁵ Cabe destacar que el artículo 6 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito”, de forma antijurídica, viene a ampliar el contenido de las “condiciones” de los contratos previstas por la Ley 515 Así, la norma reza que “sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el artículo 10 de la Ley No 515, el contrato deberá cumplir, como mínimo con las siguientes condiciones a) El tamaño de la letra de los contratos, en ningún caso podrá ser menor al tamaño y tipo de letra utilizados para las publicaciones en el Diario Oficial, La Gaceta b) Las cláusulas que generen responsabilidad para el tarjeta-habiente y fiador solidario de la tarjeta de crédito deben estar redactadas mediante el empleo de caracteres destacados en negrilla o subrayados”

domiciliada en Nicaragua, indicando el número de la escritura, notario autorizante e inscripción registral, carácter con que actúa sea como ente emisor o coemisor o en que otra calidad y quien la representa; de igual manera relacionar estos mismos requisitos tratándose de persona jurídica, usuaria del crédito y quien la representa; en el caso que el tarjeta-habiente sea una persona natural, nombre conforme cédula de identidad, número de cédula y dirección de domicilio. 3. Monto inicial de la línea de crédito expresada en cifras y tipo de moneda contratada. 4. Plazo del contrato y la condición de prórroga automática del mismo, en su caso. 5. Tasa de interés corriente anual y tasa moratoria anual. 6. Tipo de tasa de interés (fija o variable). En el caso de tasa de interés variable, indicar la tasa de referencia o índice más los puntos porcentuales en que puede ser incrementada. 7 Plazo o período para revisión de tasa de interés (fija o variable). 8. Definición de las comisiones, honorarios y cargos conexos al uso de la tarjeta de crédito. 9. Definición del monto y plazos sobre el cual se aplicarán los intereses, tanto corrientes como moratorios. 10. Definición de lo que comprende el pago de contado. 11. Definición y condiciones del período de gracia, según el caso. 12. Definición de lo que comprende el pago mínimo. 13. Forma y medios de pago permitidos. 14. Procedimientos y responsabilidades de las partes en caso de extravío, robo, deterioro o sustracción de la tarjeta de crédito. 15. Casos en que proceda la suspensión del uso de la tarjeta de crédito o la resolución del contrato respectivo por voluntad unilateral del emisor o del tarjeta-habiente. 16. Periodicidad con la que se entregará el estado de cuenta. 17. Procedimiento para impugnación de cargos. 18. Monto máximo garantizado por el fiador solidario, según el caso. 19. Información sobre garantías diferentes a la fianza solidaria, según el caso. 20. Derechos y obligaciones del tarjeta-habiente y fiador solidario. 21. Tabla de costos conforme el anexo 1, anexo que pasa a formar parte íntegra de la presente norma. 22. Descripción de los casos en que el adeudo total puede ser considerado como vencido y requerido el pago total al tarjeta-habiente. 23. Otros que establezca el Superintendente”.

La ley también establece algunas cláusulas que, en razón de ser consideradas abusivas, se tienen como nulas de pleno derecho. Entre éstas encontramos: 1. Las que importen la renuncia por parte del titular a cualquiera de los derechos y garantías que otorga la presente Ley. 2. Las que faculten al emisor a modificar unilateralmente las condiciones del contrato 3. Las que impongan un monto fijo por atrasos en el pago de su adeudo Así, los intereses corrientes o moratorios, en su caso, sólo se cobrarán sobre saldos deudores Además, los intereses moratorios no son capitalizables, es decir, que en ningún caso se podrá

cobrar interés sobre interés. 4. Las que impongan costos por informar la no validez de la tarjeta, sea por pérdida, sustracción, caducidad o rescisión contractual. 5. Las cláusulas adicionales no autorizadas por el órgano regulador. 6. Las que autoricen al emisor la rescisión unilateral del contrato sin causa previamente acordada en el mismo. 7. Las que impongan compulsivamente al titular un representante. 8. Las que le impongan al usuario de la tarjeta, un domicilio diferente al propio.

g) Garantías establecidas en favor de los contratantes

La Ley 515 establece algunas garantías adicionales, tanto a favor del emisor como de los tarjeta-habientes.

Así, según las voces del artículo 16, para la emisión de las normas previstas en la Ley, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras, tendrá en cuenta las prácticas y usos que han caracterizado el negocio de la tarjeta de crédito, velando por una incorporación novedosa que garantice los derechos de todos los operadores del tráfico mercantil con énfasis en el derecho de los usuarios.

De forma adicional, se prevé que cuando el pago sea realizado usando tarjeta de crédito, se prohíbe cualquier tipo de cobro adicional al precio de venta ofrecido por los proveedores de esos bienes o servicios. Asimismo, se prohíbe cualquier práctica comercial discriminatoria como consecuencia de la realización de pagos utilizando la tarjeta de crédito, particularmente los referidos a descuentos, ofertas y promociones. Tampoco se podrán establecer diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta de crédito, a menos que tal diferencia opere en beneficio del uso de la tarjeta.

El artículo 17 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito” incorpora una garantía adicional a favor del titular de la tarjeta. Así, el emisor debe informar al tarjeta-habiente que dispone de 30 días calendario, contados a partir de la fecha de corte, para impugnar el estado de cuenta. En su caso, el reclamo debe efectuarse utilizando los formularios preestablecidos por el emisor, los que obligatoriamente deben ser remitidos físicamente al tarjeta-habiente, o cuando menos por medios electrónicos. Así mismo, el tarjeta-habiente deberá entregar dichos formularios físicamente en las oficinas del emisor o por medios electrónicos, según el caso.

El emisor deberá acusar recibo de la impugnación y dispondrá de un plazo no mayor de seis meses contados a partir de la fecha de recibo de la impugnación para dar respuesta a la misma. En caso de que el cargo impugnado haya sido originado y efectuado directamente por el emisor, el plazo para resolver la impugnación no podrá ser mayor de treinta días calendario. Asimismo, éste no cargará ningún costo al tarjeta-habiente por cualquier gestión de impugnación que realice¹⁵⁶.

Mientras dure el procedimiento de impugnación, el emisor no podrá impedir ni dificultar de ninguna manera el uso de la tarjeta de crédito dentro del límite de crédito autorizado, entendiéndose que el monto impugnado siempre formará parte de dicho límite mientras no sea resuelta la impugnación. Pudiendo el emisor, además, exigir el pago mínimo de los rubros no impugnados (art. 19 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito”).

Ahora bien, si el pago mínimo que figura en el estado de cuenta incluye cargos impugnados, y el tarjeta-habiente efectúa dicho pago antes del plazo de impugnación o mientras se resuelve el mismo, tal situación no implica la aceptación de dichos cargos ni otros que se deriven de los mismos. En caso de que la impugnación se resuelva a favor del tarjeta-habiente, se deberá revertir el cargo impugnado, los intereses y cualquier otro cargo derivado del mismo.

En fin, según las voces del artículo 21 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito”, en caso de que no hubiere avenimiento o resolución en las diferencias entre el tarjeta-habiente y el emisor, el que se considere perjudicado, podrá hacer valer sus derechos en la vía correspondiente.

Por otra parte, para protección del interés público, por ministerio de ley, los emisores quedan facultados para darse a conocer entre ellos el historial de pago del usuario de la tarjeta de crédito, con conocimiento previo del usuario de dicha tarjeta. También podrán hacer uso de la Central de Riesgos que funciona en la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Artículo 18 de la “Norma sobre la promoción y ordenamiento del uso de la Tarjeta de Crédito”

¹⁵⁷ Artículo 17 de la Ley 515 También debe tenerse presente que, según lo establecido en el artículo 19 de la Ley 515, “para todos los efectos relacionados con el riesgo de crédito, el emisor de una tarjeta de crédito sujeto a la supervisión, vigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, considerará en la evaluación del crédito otorgado al usuario de la tarjeta de crédito, el total del crédito autorizado a éste por todos los emisores con los datos proporcionados por la Central de Riesgos de la que se habla en el artículo 17 de la presente Ley”

Es importante no perder de vista que sólo podrá gozar de los privilegios bancarios, en los contratos de los que venimos tratando, el emisor de la tarjeta de crédito que se encuentre sujeto a la supervisión, vigilancia y fiscalización de la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, en los términos establecidos por la ley de la materia (art. 18 de la Ley 515).

7.5.2.2 Relación entre el emisor y el establecimiento asociado

El emisor y el establecimiento asociado, en los casos en que la tarjeta de crédito es emitida para poder ser utilizada en establecimientos distintos de los de aquél, suelen suscribir un contrato de adhesión al sistema de la tarjeta. Se trata de un contrato suscrito entre profesionales del que surgen obligaciones bilaterales¹⁵⁸.

Es un contrato de carácter atípico, al menos en nuestro sistema jurídico, que contiene una estipulación a favor de tercero¹⁵⁹, por la que el establecimiento asociado se compromete a admitir la tarjeta de crédito como medio de pago de los bienes o servicios que facilita al titular, y a emitir una nota de cargo (que como hemos comentado ampliamente se denomina boucher en nuestro medio) que firma el titular, con la garantía, personal e irrevocable, de su pago por el emisor¹⁶⁰.

Vale la pena comentar que el emisor no puede invocar la falta de provisión o la insolvencia del cliente para no pagar. Asimismo, no está facultado para oponer excepciones que podrían ser invocadas por el cliente para no efectuar el entero del dinero. Con todo, algún sector de la doctrina opina que los pagos del emisor se llevan a cabo “salvo buen fin”, en tanto que el emisor adelanta los fondos en una función de gestión de cobro de las facturas; si el cliente no reembolsa las sumas anticipadas, el emisor podrá repetir frente al establecimiento asociado¹⁶¹. Ahora bien,

¹⁵⁸ ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 592

¹⁵⁹ En sentido distinto FARINA comenta que algún sector de la doctrina argentina viene interpretando que “el contrato subyacente en la relación empresa-emisora de tarjeta de crédito y el comercio es el que sostienen esas especiales cuentas corrientes o cuentas personales de las casas de comercio. De acuerdo con esto, tanto la relación usuario-empresa, como la empresa-comercio adherido, están regidas por las normas de ese tipo de cuenta corriente” (Contratos comerciales modernos, cit , pág 573)

¹⁶⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La representación de la posiciones jurídicas en el tráfico mercantil. Los títulos valores. Las anotaciones en cuenta”, cit , pág 348

¹⁶¹ Me parece que esta interpretación contrasta notablemente con lo que viene sucediendo en la práctica habitual de este tipo de negocios, en donde la posibilidad de que el emisor persiga al comerciante es prácticamente nula

con el pago al comerciante, el emisor se subroga en todos los derechos que correspondan a éste frente al tarjetahabiente¹⁶².

Además de lo que llevamos dicho, el establecimiento asociado asume varias obligaciones en virtud del negocio, entre otras¹⁶³:

- a) A exhibir, en las condiciones fijadas de antemano, el distintivo o contraseña con el que se diferencie en el tráfico al sistema al cual se adhiere.
- b) Se obliga a no llevar a cabo ningún tipo de “práctica comercial discriminatoria como consecuencia de la realización de pagos utilizando la tarjeta de crédito, particularmente los referidos a descuentos, ofertas y promociones” y, además, a no “efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta de crédito o débito, a menos que tal diferencia opere en beneficio del uso de la tarjeta”¹⁶⁴.
- c) A utilizar en cada transacción un comprobante o nota de cargo de las suministradas por el emisor. Lo usual es que dichos comprobantes se extiendan en varios ejemplares, de modo que en uno de ellos se recoge la firma autógrafa original del tarjetahabiente para su posterior remisión al emisor como prueba de la transacción realizada, para que éste la abone a su recepción.

Empero, cada vez son más comunes los sistemas de firma electrónica que no exigen que el cliente suscriba ningún documento, siendo suficiente con utilizar la tarjeta comunicando el número de identificación personal y los datos de aquélla, y eventualmente algún dato personal o la respuesta a una pregunta previamente pactada (piénsese en el pago de los servicios básicos –agua, luz, teléfono, servicio de cable- por vía telefónica).

- d) Se obliga a pagar al emisor una comisión que se hace efectiva mediante el descuento, por parte de éste, de un porcentaje de los pagos que tiene que hacer efectivos como consecuencia de la utilización de la tarjeta. En nuestro medio dicha comisión oscila entre un tres y un seis por ciento según el tipo de sector económico al que pertenezca el establecimiento asociado (verbigracia: si se trata de un restaurante, bar, supermercado, tienda de ropa, entre otros).

Esta comisión se concibe como una contraprestación que paga el establecimiento asociado por disfrutar de un servicio financiero, el de la tarjeta como mecanismo de pago que facilita el cobro de la facturación.

¹⁶² ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit , pág 592

¹⁶³ ZUNZUNEGUI, op cit , ibidem

¹⁶⁴ Artículo 16 de la Ley 515

Por último, la doctrina entiende que se trata de un contrato complejo, comúnmente denominado, no sólo entre nosotros, “contrato de afiliación”. Además es, como ya adelantamos, un contrato de adhesión, consensual (en el sentido de que quedará perfeccionado cuando el emisor comunique al comerciante la aceptación de su oferta de afiliación), en serie, sinalagmático y de ejecución continuada¹⁶⁵.

7.5.2.3 Relación entre el titular o beneficiario y el establecimiento asociado¹⁶⁶

Las relaciones que se establecen entre el establecimiento que facilita sus bienes o presta sus servicios, admitiendo la tarjeta como medio de facilitación de pago, y el titular o beneficiario de la tarjeta de crédito, son de dos clases: en primer lugar, las derivadas de la operación que éstos realicen; y, en segundo término, las que dimanen del contrato existente entre el emisor y el propio establecimiento, como contrato a favor de tercero.

Aquellas relaciones que surgen entre el titular o beneficiario y el establecimiento asociado, como consecuencia de los bienes adquiridos o de los servicios prestados, tan solo generan obligaciones para ambas partes, de tal suerte que las controversias que pudieran derivar de tales negocios son ajenas al emisor, quien no asumirá ninguna responsabilidad por lo que se refiere a las prestaciones del establecimiento.

Así, la única particularidad deviene del medio de pago utilizado, de modo que, la utilización de la tarjeta en tal sentido sólo producirá efectos liberatorios cuando hubiese sido realizado el pago por el emisor a la presentación del boucher. Una vez firmado éste por el titular, el emisor está obligado a realizar el pago por cuenta de aquél a su presentación, siempre que el establecimiento haya cumplido con la correspondiente obligación de comprobar la identidad del titular, que la firma efectuada en la tarjeta coincida con la estampada en el boucher, que el importe de la misma no supere el límite máximo disponible (pidiendo, en caso contrario, autorización o conformidad al emisor), y que la tarjeta no se encuentre anulada o caducada.

¹⁶⁵ GÓMEZ PORRÚA, “La Tarjeta de crédito”, cit , pág 197

¹⁶⁶ GÓMEZ PORRÚA, op cit , ibidem

7.5.2.4 Relación entre el emisor y la entidad de franquicia

Cuando el emisor no es el titular de la marca de la tarjeta de crédito surge una relación entre éste y la denominada “entidad de franquicia”. Dicha relación es la derivada de un contrato de franquicia o, en su caso, de licencia de utilización de la marca en la emisión de la tarjeta (por ejemplo: MASTER CARD, VISA)¹⁶⁷.

En virtud de tal negocio se faculta al emisor a utilizar el signo distintivo, en una zona determinada (bien sea con carácter compartido o exclusivo) y a beneficiarse de los servicios que la entidad de franquicia ofrece a sus asociados. A su vez, el emisor asume una serie de obligaciones, entre otras cumplir las condiciones pactadas y abonar las cuotas establecidas por el uso del signo distintivo¹⁶⁸.

¹⁶⁷ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La representación de la posiciones jurídicas en el tráfico mercantil Los títulos valores Las anotaciones en cuenta”, cit , pág 348

¹⁶⁸ CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa, Aspectos jurídicos de los contratos Atípicos, Volumen I, José Ma Bosch, Barcelona, 1999, pág 145

CAPÍTULO VI

CONTRATOS DE CAPTACIÓN DE PASIVOS

1 Noción y clases

Entendidas en sentido amplio, las operaciones pasivas son aquellas a través de las cuales las instituciones financieras captan recursos propios (verbigracia, capital o fondos asimilados a éste a efectos del coeficiente de solvencia), o ajenos¹.

Por lo que atañe a la financiación ajena (usualmente llamadas operaciones pasivas en sentido estricto), es posible diferenciar, de un lado, aquella que se obtiene en el mercado de valores (por ejemplo, a través de la emisión que hace el banco de bonos, pagarés u otros títulos), de aquella otra que proviene de fuentes más típicas de las entidades de crédito (las denominadas operaciones pasivas crediticias), entre otras, los depósitos bancarios (entre los que sobresalen los contratos de cuenta de ahorro); el Redescuento; la Asistencia Financiera y el Crédito overnight, que otorga el Banco Central. En otros Estados, distintos al nuestro, es posible, de forma adicional, conseguir financiación con otras entidades de crédito en el mercado interbancario².

Vale decir que, hoy por hoy, el grupo de operaciones que más ha captado la atención de la doctrina han sido las que tienen por objeto la captación del ahorro o fondos del público a través de contratos que llevan aparejada la obligación de restitución, que, precisamente, dan lugar a los denominados contratos de captación de pasivos³.

2. Los depósitos bancarios

La doctrina más autorizada coincide en señalar que la práctica del depósito se encuentra muy ligada a la actividad bancaria desde sus orígenes, aunque vale decir que en la edad moderna adquiere un volumen y una dimensión tales que la trascendencia de dicho negocio acaba desbordando la relación banco-cliente, de modo que llega a afectar a

¹ CORTÉS, Luis Javier, "Contratos Bancarios (II)", en la obra Uría – Menéndez Curso de Derecho Mercantil, T II, Civitas, Madrid, 2001, pág 537

² Vid CORTÉS, op cit , ibidem

³ Así, CORTÉS, op cit , ibidem

la política económica de los diferentes países en tanto que involucra a todos los sectores sociales⁴.

En efecto, el depósito de fondos que lleva a cabo la clientela de las entidades financieras es la operación que procura, a las que están autorizadas a realizarlo, la mayor parte de aquéllos que necesitan para desarrollar su actividad de intermediación⁵.

Es importante hacer notar que, con todo, las entidades financieras también captan depósitos que no son de numerario. Y es que la proliferación de los valores públicos e industriales ha favorecido que los bancos se hayan dedicado a recibir depósitos de títulos valores de forma masiva, empero, ese fenómeno comienza a decrecer debido a la desmaterialización de los títulos valores⁶.

Conviene precisar que el depósito bancario asume variopintas formas, en razón de los múltiples objetos y fines de la operación que, muy pocas veces, se circunscriben al simple propósito de custodia que caracteriza al contrato de depósito strictu sensu. Ello ha suscitado que la doctrina haya emprendido un sinnúmero de intentos de clasificación que nosotros preferimos reducir a dos grupos, en atención a que se otorgue o no al depositario la posibilidad de usar o disponer de la cosa dada en depósito: depósitos de uso y depósitos de custodia⁷. En este apartado sólo nos ocuparemos de los depósitos de uso, en tanto en cuanto se erigen en las clásicas operaciones de captación de pasivos.

2.1 Concepto, naturaleza jurídica y titularidad de los depósitos de uso

Los entendidos en la materia afirman que los depósitos bancarios de uso son depósitos abiertos y de numerario. Se trata de depósitos que, en todo caso, permiten al banco el uso o disponibilidad del objeto del

⁴ VALENZUELA GARACH, FERNANDO, comenta en tal sentido que “no es tan sólo la banca la que obtiene beneficios de los depósitos, pues también los depositantes logran con ellos una rentabilidad y una seguridad, así como una ordenada gestión de su tesorería. Incluso el propio Estado puede ver favorecida su política económica por la concentración de depósitos, facilitándose de esta manera el logro de objetivos como el de fortalecer la moneda, corregir el índice de inflación o ampliar los coeficientes de inversión a que está obligada la banca privada” (“Contratos Bancarios de Pasivo” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A, Barcelona, 2000, pág 466)

⁵ Así BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit, pág 246.

⁶ VALENZUELA GARACH, “Contratos Bancarios de Pasivo”, cit, pág 466

⁷ VALENZUELA GARACH, op cit, pág 467

contrato (generalmente numerario), de tal forma que el dinero pasa a ser propiedad de éste, naciendo, a su vez, la obligación de restituir otro tanto, al vencimiento del plazo señalado o cuando sea solicitado por el depositante, según se pacte⁸.

La naturaleza jurídica del contrato es la de tratarse de un depósito irregular, aunque, eso sí, matizado por algunas notas que permiten afirmar que goza de su propia especificidad y carácter sui generis. La primera de ellas es la acentuación de la obligación de administrar el patrimonio, de modo que el depositante puede disponer del tantumdem, aspecto que, de forma adicional, permite distinguir a dicho negocio jurídico de mutuo o préstamo de consumo, máxime en aquellas especies de depósito donde la devolución no se sujeta a ningún plazo⁹.

En segundo término, el uso o disponibilidad conferida al depositario es un elemento esencial del negocio, que precisamente pretende procurar a las entidades financieras los fondos necesarios que éstas necesitan para desarrollar su actividad de interposición o intermediación en el crédito, prueba de tal aserto es que, a diferencia de lo que sucede en el contrato de depósito clásico, es la entidad de crédito la que remunera al cliente, a través del enterero de un interés o precio del dinero recibido¹⁰.

En tal sentido, el legislador nacional, en el artículo 49 de la Ley 561, deja muy en claro que “Los bancos podrán destinar para sus operaciones de crédito e inversiones, además de su capital, utilidades y reservas correspondientes, los siguientes recursos: 1. Los fondos disponibles de los depósitos a la vista, a plazo y de ahorro que reciban”.

Por lo que atañe a la titularidad del depósito de uso, éste puede ser individual o colectivo, según se constituya por una o más personas. En el caso del depósito de uso “colectivo”, este se puede constituir con derecho de disposición individual y separada, de cada una de ellas, sobre los fondos depositados (depósito solidario o indistinto), o ya con disponibilidad sometida a la firma de todas o varias de ellas, como forma de control recíproco (depósito mancomunado o conjunto). Suplementariamente, es posible constituir un depósito con un solo titular y una o varias personas “simplemente autorizadas” para disponer

⁸ SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , pág 331

⁹ Así GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, cit , págs 177 y s

¹⁰ Cfr GARRIGUES, op cit , ibidem

de los fondos, situación que es muy común en el caso de los depósitos celebrados por sociedades mercantiles u otras personas jurídicas¹¹.

En materia de restitución del depósito, dicha restitución puede condicionarse por el “pacto de compensación entre cuentas”, en razón del cual el banco puede compensar los saldos deudores que el cliente mantenga en algunas cuentas u otras relaciones jurídicas con éste, con los saldos acreedores de que disponga en otras¹². En nuestro país, la falta de celebración de tal pacto viene a ser suplida por lo previsto en el artículo 43.3 de la Ley 561, el cual señala que “cuando se tratare de solventar créditos concedidos por el banco depositario a un depositante y estos se encuentren en mora, el banco podrá hacerse pago con los depósitos que el deudor mantenga en la institución hasta por la cantidad de los créditos insolutos”.

2.2 Clases de depósitos de uso

Siguiendo un primer criterio, los tratadistas han clasificado los depósitos en vinculados o no vinculados a una finalidad específica. En el primer caso se trata de una serie de supuestos en los que, según el fin particular que los fundamenta (verbigracia, adquisición de vivienda, inversión en la Bolsa de Valores), se otorgan al depositante ciertas ventajas o incentivos, bien por la entidad financiera, bien por la Administración. El mejor ejemplo de este tipo de depósitos es la llamada, obviamente en países distintos al nuestro, “cuenta ahorro-vivienda” que, en determinadas condiciones, permite anticipar la desgravación fiscal por la compra de la vivienda y obtener, en su caso, la concesión de un crédito complementario para su adquisición¹³.

Un segundo criterio, que atiende a los términos y condiciones que se hayan establecido en torno al ejercicio del derecho de restitución de las cantidades depositadas, permite clasificar a los depósitos en “a la vista” y “a plazo” (o “imposición”)¹⁴. De hecho está es la clasificación que

¹¹ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 539

¹² CORTÉS, op cit , ibidem

¹³ CORTÉS, op cit , pág 540

¹⁴ CHULIÁ, Introducción al Derecho Mercantil, cit , pág 938 Por su parte GARRIGUES, comenta que “en la terminología inglesa los depósitos a la vista se denominan cash deposits o current accounts, mientras que los depósitos a plazo reciben el nombre de saving deposits o deposits accounts Por su parte, los americanos llaman demand deposits a los depósitos reembolsables a la vista y time deposits a los reembolsables a plazo” (Curso de Derecho Mercantil, cit , pág 179)

recoge nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 43 de la Ley 561 (“Los depósitos podrán constituirse en calidad de a la vista, de ahorro o a plazo, a nombre de una persona natural o jurídica, conforme a los Reglamentos que cada banco dicte”), aunque, como puede notarse, nuestro ordenamiento considera, como cosa distinta, los depósitos “de ahorro”, que, como luego veremos, son una subclase de los depósitos a la vista.

- a) Los depósitos “a la vista” son aquellos en los que el banco está obligado a restituir la cantidad depositada en el preciso momento en que así lo solicite el depositante¹⁵.

El clásico depósito “a la vista” es el conocido como depósito “en cuenta corriente”. Aquí la relación de depósito se instrumenta en forma de cuenta corriente, de modo que las partes acuerdan que la suma depositada pueda aumentar o disminuir según el depositante realice distintos actos de ingreso o de egreso de fondos, pudiendo, inclusive, por lo que hace a los ingresos, ser enterados por un tercero. La cuenta corriente en este caso es el reflejo aritmético del desarrollo de la relación de depósito, la cual no se agota en una única entrega y una única devolución¹⁶.

No debe confundirse el “depósito en cuenta corriente” con el depósito inserto en una “cuenta corriente bancaria”, en razón de que este último tipo de negocio ha evolucionado hasta constituir una modalidad en la que el banco se obliga prestar al depositante un continuo “servicio de caja”¹⁷, nos ocuparemos de este negocio jurídico, en detalle, cuando estudiemos los “contratos de servicios bancarios”.

Por otra parte, también dentro de los depósitos “a la vista” sobresale la submodalidad conocida en la práctica como depósitos “de ahorro”, “de ahorro con libreta” o “contrato de cuenta de ahorro”, de la cual, dada su importancia, nos ocuparemos acto seguido.

- a.1 Los depósitos “de ahorro” se caracterizan porque se facilita al cliente una libreta, en la cual el banco anota los sucesivos abonos, cargos

¹⁵ SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , pág 332

¹⁶ GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, cit , págs 179 y s

¹⁷ GARRIGUES, agrega en tal sentido que “La cuenta corriente nació en el seno del depósito de dinero y como pacto accesorio suyo, pero poco a poco fue ganando sustantividad, convirtiéndose de pacto accesorio en contrato principal, engendrando consecuencias jurídicas propias, independientes de las que corresponden al contrato o contratos subyacentes (depósito, apertura de crédito, etc)” (op , cit , pág 180)

y el saldo permanente, bajo la rúbrica de uno de sus funcionarios¹⁸, aunque, vale decir, la práctica de estampar la rúbrica, en la medida en que se han ido incorporando medios informáticos, cada vez es menos usual.

Si bien es cierto casi todas las legislaciones y reglamentos bancarios mandatan la presentación de la libreta, que, precisamente, es nominativa, su naturaleza dista mucho de la propia de los títulos valores. Antes bien, dada su función probatoria, parece más acertado afirmar que su naturaleza es la de un “título de legitimación”¹⁹.

Nuestra legislación bancaria, de forma muy genérica, se refiere a la posibilidad de emisión de la libreta cuando establece que los depósitos y su retiro, se comprobarán con las anotaciones hechas por los bancos depositarios en la documentación que para tal fin, la institución proporcione a los depositantes²⁰.

Siempre en materia de depósitos de ahorro, en otros ordenamientos es común la emisión de “estampillas de ahorro” a través de las cuales se captan pequeñas sumas de dinero que, por su cuantía, no pueden ser recibidas en una “cuenta de ahorro” ordinaria. Así, se han creado planillas para que, en los espacios preimpresos que contienen, se coloquen las estampillas de ahorro, usualmente adquiridas a su valor nominal, de forma tal que, al completar la planilla o al acumular la cantidad mínima exigida por el banco, es posible abrir la cuenta o plasmar el asiento contable²¹.

Es común que los ordenamientos, dada la importancia de este tipo de contrato, establezcan una serie de privilegios a los depositarios de “cuentas de ahorro”²². En el caso particular de Nicaragua, la Ley 561, y otras normas, establecen ciertos privilegios, aunque, no debe perderse

¹⁸ GARRIGUES, comenta que, en realidad, el depósito con libreta de ahorro también representa una cuenta corriente, la diferencia con la modalidad que hemos estudiado antes es que en el caso del depósito con libreta de ahorro la cuenta corriente se lleva por duplicado en los libros del Banco y en la libreta que queda en poder del cliente, anotándose en ésta todas las operaciones de ingreso (entregas) y de extracción de fondos (reintegros) (Contratos Bancarios, cit , págs 370 y s)

¹⁹ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit , págs 246 y s

²⁰ Artículo 45 de la Ley 561

²¹ RODRÍGUEZ—AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , pág 241

²² RODRÍGUEZ—AZUERO, op , cit , pág 242

de vista, no todos son exclusivos de las depositarios “de ahorro”. Entre tales privilegios sobresalen:

- A. La Inembargabilidad del depósito. En tal sentido los depósitos de ahorro de personas naturales, que tengan por lo menos seis meses de duración en un mismo banco depositario, contados desde el momento de apertura de la cuenta, serán inembargables hasta por la suma de Ciento Cincuenta Mil Córdobas en total por persona, a menos que se trate de exigir alimentos, o que dichos fondos tengan como origen un delito. El monto aquí estipulado será actualizado por el Consejo Directivo de la Superintendencia por lo menos cada dos años en caso de variaciones cambiarias de la moneda nacional y deberá publicarlo en un diario de amplia circulación nacional, sin perjuicio de su publicación en La Gaceta Diario Oficial²³. En efecto, según la Resolución CD-SIBOIF-401-4-ENE31-2006 (Norma sobre actualización del monto de los depósitos de ahorro de personas naturales que son inembargables), el nuevo monto de los depósitos de ahorro de personas naturales que son inembargables es de ciento setenta mil córdobas (C\$ 170,000.00).
- B. Entrega de saldos a los “beneficiarios” sin mediar trámite judicial. Así, todo depositante, que sea persona natural, podrá señalar ante el banco depositario uno o más beneficiarios, para que en caso de muerte le sean entregados los fondos de la cuenta respectiva, sin mediar ningún trámite judicial. En caso de cambio de beneficiario, para que surta efecto legal, deberá ser notificado por escrito a la respectiva institución depositaria. Cuando haya más de un beneficiario, el titular deberá indicar el porcentaje que corresponde a cada uno de ellos. Caso contrario se entenderá que es por partes iguales²⁴.
- C. Beneficios tributarios. A pesar de que la legislación bancaria establecía, en un primer momento, que las sumas depositadas y los intereses devengados en las cuentas de ahorro y certificados de depósitos a plazo estarán exentas de todo tipo de tributo²⁵. Dicha exención total ha sido modificada, parcialmente, por la Ley de Equidad Fiscal²⁶, que establece que “No se comprenderán como ingresos constitutivos de renta, y por lo tanto, no serán gravados con el IR, los siguientes:
5. Los intereses provenientes de depósitos colocados en cuentas corrientes, de ahorro, a plazo y certificados de depósitos, cuyo saldo

²³ Artículo 43 2 de la Ley 561

²⁴ Artículo 48 de la Ley 561

²⁵ Artículo 40 4 de la Ley 314

²⁶ Ley 453 Gaceta N° 82 de 6 de mayo de 2003

promedio mensual sea menor a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$5,000.00) o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio oficial...”²⁷. De lo cual se deduce que sólo seguirán estando exentos los depósitos “de ahorro”, que de forma total o conjunta, tengan un saldo promedio mensual menor a cinco mil dólares de los Estados Unidos de América.

- D. El carácter de crédito privilegiado. Según las voces del artículo 73 de la Ley 551, “en la liquidación de una institución financiera referida en la presente ley, constituyen créditos privilegiados, los siguientes en el orden que se determina: 3. Las obligaciones por depósitos y captaciones del público, cualquiera que sea su modalidad. Se exceptúan los depósitos contemplados en el artículo 31 de la presente Ley ”²⁸.
- E. La posibilidad de la capitalización de los intereses que devenguen. Así, “los depósitos de ahorro y a plazo devengarán intereses o cualquier otro rendimiento, beneficio o combinación de estos, conforme los reglamentos internos que dicten los bancos para tales efectos. Los depósitos a la vista podrán devengar intereses de conformidad con los reglamentos de cada banco y los contratos que suscriban con sus clientes. Los intereses devengados podrán capitalizarse conforme a los reglamentos de cada banco, pero su metodología de cálculo deberá darse a conocer a los depositantes en los contratos. Un ejemplar de los reglamentos a que se refiere el presente artículo deberá ser entregado a los depositantes al momento de la apertura de la cuenta. Los cambios o modificaciones efectuados a estos reglamentos deberán

²⁷ Artículo 11 de la LEF

²⁸ Artículo 31 de la Ley 551 “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, no están cubiertos por la garantía a que se refiere esta Ley los siguientes depósitos 1 Los depósitos mantenidos por otras instituciones financieras 2 Los depósitos mantenidos por Administradoras de Fondos de Pensiones, Bolsas de Valores, Puestos de Bolsa y cualquier otro inversionista institucional 3 Los depósitos de instituciones del sector público 4 Los depósitos de empresas o entidades jurídicas que pertenezcan al mismo grupo económico de la entidad afectada 5 Los depósitos de directores, gerentes, administradores, representantes legales, auditores y de quienes ejerzan materialmente funciones directivas en la entidad afectada al momento de decretarse la intervención, y los que pertenecieran a sus cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad Igual disposición aplicará a los depósitos de los accionistas y sus parientes en los mismos grados de consanguinidad y afinidad establecidos anteriormente 6 Los depósitos de personas o entidades que tengan una tasa de remuneración manifiestamente superior a las prevalecientes en dicha entidad para depósitos similares de otros depositantes 7 Los depósitos de personas o entidades cuyas relaciones económicas con la entidad haya contribuido manifiestamente al deterioro patrimonial de la misma 8 Los depósitos originados por transacciones relacionadas a sentencias condenatorias por la comisión de ilícitos, y en general, los depósitos constituidos por infracción grave de normas legales o reglamentarias imputables al depositante 9 Los instrumentos que gozando formalmente de la denominación de depósito, sean esencialmente operaciones distintas”

ser informados a los clientes en la dirección señalada por estos, a través de medios físicos o electrónicos”²⁹.

F. Posibilidad de realizar contratos de depósito por menores. El artículo 47 de la Ley 561 prevé que los menores de edad que tengan cumplidos dieciséis años, podrán ser titulares de cuentas de depósitos y disponer de ellas como si fueren mayores de edad. Sin perjuicio de lo anterior podrá abrirse cuenta de depósito de menores con edad inferior a la antes señalada a través de su representante legal debidamente acreditado.

b) Los depósitos a plazo fijo (conocidos también como “imposiciones”) se diferencian de los depósitos a la vista en el sentido de que la restitución de la suma, objeto del negocio, sólo puede realizarse al vencimiento del plazo pactado. De hecho, el plazo, en buena medida, aproxima a esta modalidad de depósito al mutuo, aunque hoy en día el debate se centra entre las tesis que lo consideran un negocio con caracteres especiales o una forma de depósito irregular³⁰, posición esta última por la que nosotros nos inclinamos.

Es común que el Banco satisfaga en este tipo de depósito un interés más elevado que en los depósitos a la vista y, aún más, es frecuente que se articulen fórmulas que faciliten la obtención de una rentabilidad superior (verbigracia, los llamados depósitos estructurados o depósitos-bolsa, en los que el cliente obtiene una remuneración vinculada al incremento que experimente algún valor o índice bursátil)³¹.

También, con la finalidad de conceder liquidez a este tipo de depósitos, los bancos suelen emitir unos resguardos o certificados (certificados de depósito) que incorporan el derecho a la restitución del capital depositado. Éstos no son otra cosa que títulos valores, a la orden, transmisibles por endoso, lo que facilita enormemente su enajenación con el fin de recuperar los fondos invertidos sin necesidad de resolver el contrato con el Banco³².

El particular régimen jurídico de los depósitos a plazo fijo, en el ordenamiento nicaragüense, sigue, como hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto líneas arriba, buena parte de las soluciones que se articulan respecto de los otros tipos de depósitos de uso.

²⁹ Artículo 44 de la Ley 561

³⁰ SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , pág 332

³¹ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 541

³² SÁNCHEZ CALERO, Instituciones de Derecho mercantil, cit , págs 332 y s

3. El contrato de redescuento

3.1 Noción

Junto con las operaciones de “depósito de uso”, uno de los contratos clásicos de captación de pasivos ha sido el redescuento. Así, a través de este negocio jurídico, un Banco de primer piso “descuenta” títulos con la finalidad de obtener habilitación financiera, bien a un Banco de segundo piso, bien al Banco Central, con base en la transferencia, en determinadas condiciones, de títulos que han sido otorgados a su favor (pagarés) o endosados por sus clientes (letras de cambio) en razón de un previo contrato de descuento celebrado con éstos³³.

3.2 Diferencias con el contrato de descuento y remisión

Como puede observarse, el contrato de redescuento participa de la sustantividad propia del contrato de descuento, sin embargo, se diferencia de éste en varios aspectos: en primer término, porque tiene lugar, necesariamente, entre dos entidades de crédito; en segundo lugar; por la diversa posición que ocupa el Banco en la relación jurídica (sujeto pasivo); en tercer orden, porque el tipo de retribución que satisface la

³³ RODRÍGUEZ—AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , pág 285

Cabe destacar que, en Nicaragua, antes de la entrada en vigencia de la Resolución CD-BCN-XXVII-1-07, por la que se aprueban las nuevas normas financieras del Banco Central de Nicaragua, los Acápites 1 1 y 1 2, del Capítulo 1 (“Redescuento del Banco Central”), Título II (“Normas Crediticias”), de las anteriores Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua establecían en relación al redescuento lo siguiente

1 1 “El BCN podrá otorgar redescuentos a la Financiera Nicaragüense de Inversiones a plazos superiores a 12 meses, exclusivamente en función de los recursos externos que disponga para tales fines. En ningún caso podrá otorgar estos redescuentos con recursos de emisión directa”

1 2 “Los desembolsos de fondos por parte del BCN, en las modalidades indicadas en el Título II, Cap 1, Acápites 1 1 se documentarán y suscribirán en pagarés en córdobas con mantenimiento de valor, y deberá contener una cláusula de autorización al BCN de débito automático en las cuentas de la Financiera Nicaragüense de Inversiones en el BCN en sus respectivos vencimientos”

Asimismo, el Acápites 4 1 del Capítulo 4 (“Tasas de Interés”), Título II (“Normas Crediticias”), de las ya derogadas Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua establecía que “La tasa anual de interés de redescuento en moneda nacional del BCN se determinará trimestralmente a partir del 01/01/94 en función de la tasa anual promedio ponderada de los depósitos a plazo a 30 días captados del público en moneda nacional excluyendo los de las empresas públicas, adicionándoles $\frac{1}{4}$ del uno por ciento. El período a considerarse para dicha determinación será la primera quincena del último mes del trimestre inmediato anterior

La tasa de interés con que se inicia la operación de redescuento de una determinada actividad productiva, permanecerá inalterable para los desembolsos que se hagan ulteriormente para esa actividad durante el mismo ciclo”

por la diversa posición que ocupa el Banco en la relación jurídica (sujeto pasivo); en tercer orden, porque el tipo de retribución que satisface la entidad redescontataria es, por lo general, bastante menor que la que paga el cliente particular que celebra un contrato de descuento con los mismos efectos; y, en fin, por su íntima conexión con un contrato de descuento previo que, justamente, es el que permite hablar de “redescuento”³⁴.

Por lo demás, el contrato de redescuento, en su esencia, no se diferencia en nada de su primo hermano: “el descuento”. Es por ello que, para evitar repeticiones innecesarias, remitimos al lector al estudio de este último (apartado 4 de la Unidad V).

4. Asistencia financiera extraordinaria

El artículo 35 y siguientes de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua (Resolución CD-BCN-XXVII-1-07), prevén la facultad del BCN para otorgar “Asistencia Financiera” (entendiendo por ésta una línea de crédito en córdobas) tendente a resolver situaciones de iliquidez, de muy corto plazo, de los Bancos Comerciales y Sociedades Financieras.

Estos últimos deberán solicitar la asistencia financiera por escrito, a la gerencia financiera del BCN, y el plazo para disfrutar de ésta será de treinta días calendario por cada desembolso³⁵.

4.1 Requisitos

El artículo 36 de las Normas Financieras exige para obtener la asistencia financiera lo siguiente: a) Solicitar por escrito a la Gerencia Financiera del BCN, adjuntando los documentos soportes que fundamenten su requerimiento. Los documentos básicos a ser presentados son los balances consolidados de la institución solicitante correspondiente al saldo registrado al viernes de las últimas cuatro semanas respecto a la fecha de la solicitud del desembolso y cualquier otra información que la institución considere relevante para documentar su solicitud ante el BCN. Tanto la solicitud como sus documentos soportes, deberán estar firmados por funcionarios autorizados para tal fin por la respectiva institución solicitante. b) Cumplir con la adecuación de capital de conformidad al último informe mensual emitido por la Superintendencia de Bancos y

³⁴ Así BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit , pág 242

³⁵ Artículos 36 y 37 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua

de Otras Instituciones Financieras. c) El monto de esta solicitud más el resto de obligaciones de dicha institución financiera con el BCN no deben superar el límite de endeudamiento máximo establecido en el Art. 45 de la presente Norma. d) No debe tener obligaciones vencidas con el BCN. e) Constituir una garantía a favor del BCN por un monto equivalente al 125% del valor de la asistencia. f) La institución financiera deberá estar solvente con los requerimientos de información de la Gerencia Financiera del BCN. g) El BCN dará respuesta a la solicitud en un plazo no mayor de 24 horas.

Además, la Asistencia Financiera podrá utilizarse el número de veces que lo soliciten los bancos comerciales y sociedades financieras, siempre y cuando cumplan con los requisitos para tener acceso a esta línea de crédito³⁶.

En fin, la operación se documentará y suscribirá en pagarés a favor del BCN, en córdobas con mantenimiento de valor, suscritos por el representante legal de la entidad financiera solicitante o por apoderado debidamente autorizado para obligarla. Los pagarés deben incluir una cláusula de autorización para que el BCN debite automáticamente en las fechas de vencimiento los saldos deudores de las cuentas que los bancos comerciales y sociedades financieras manejan en el BCN³⁷.

4.2 Tasa de interés y garantías

La tasa de interés anual, corriente, de la Asistencia Financiera será la tasa equivalente a 30 días plazo, establecida por el BCN a partir de la tasa de rendimiento promedio ponderado de las Letras del BCN adjudicadas en la subasta de la semana anterior a la fecha de la solicitud del crédito, o en su defecto, en la última disponible, a la cual se le adicionará 200 puntos básicos. Por su parte, la tasa de interés moratoria de la línea de Asistencia Financiera será igual a la tasa de interés corriente pactada, más un recargo del 50% de dicha tasa³⁸.

Por último, en lo que respecta a las garantías, el artículo 41 de las Normas Financieras establece que: “Para optar a un crédito de la Línea de Asistencia Financiera se deberá constituir una garantía a favor del BCN equivalente al 125% del valor del crédito con los siguientes activos y en ese orden de prelación, hasta agotar la disponibilidad de los mismos:

³⁶ Artículo 44 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua

³⁷ Artículo 40 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua

³⁸ Artículos 38 y 39 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua

1. Efectivo, manejado en las cuentas de encaje moneda nacional y moneda extranjera de los bancos y sociedades financieras en el BCN, hasta por un 6.5% del promedio de obligaciones sujetas a encaje legal en moneda nacional y moneda extranjera de la semana anterior respecto a la fecha de la solicitud del crédito. El monto resultante será inmovilizado por el BCN durante la vigencia del crédito concedido. Para efectos de garantía, el efectivo será tomado al 95% de su valor nominal.
 2. Títulos valores estandarizados del BCN (Letras y Bonos del BCN). Para efectos de garantía, los títulos estandarizados del BCN serán valorados al 100% de su valor contable a la fecha de concesión del crédito. El valor contable se define como el valor precio de los títulos valores más los intereses y mantenimiento de valor devengados a la fecha de concesión del crédito de la Línea de Asistencia Financiera.
 3. Letras de Tesorería y Bonos de la República emitidos por el MHCP. Para efectos de garantía, los títulos estandarizados del MHCP serán valorados al 100% de su valor contable, definido en el numeral anterior, a la fecha de concesión del crédito.
 4. Cartera de créditos comerciales con garantía hipotecaria o créditos hipotecarios para vivienda; se excluyen como garantía los créditos de arrendamiento financiero, créditos de consumo o personales y micro-créditos. La cartera recibida en garantía deberá tener como vencimiento máximo residual diez años a partir de la fecha de concesión del crédito y estar clasificada "A". Para lo cual la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras emitirá una constancia en cuanto a que la clasificación de la cartera de créditos dada en garantía, corresponde a la reportada por el banco comercial o sociedad financiera en la Central de Riesgo que maneja la SIBOIF y además, incluirá en ésta, los resultados de las últimas evaluaciones en cuanto a la determinación por parte de la SIBOIF de diferencias sustanciales entre las evaluaciones que efectúa la institución financiera y la SIBOIF a través de una muestra representativa de la cartera. Para efectos de garantía, la cartera será valorada al 62.5% del saldo de la cartera a la fecha de cesión.
- Si un crédito entregado en garantía baja de categoría, éste debe ser sustituido por otro crédito con similar monto, clasificado como "A" con la correspondiente constancia emitida por la SIBOIF y así sucesivamente si se siguiera presentando el deterioro del crédito. El incumplimiento de esta disposición constituirá causal suficiente para dar por vencida anticipadamente la obligación.

Los activos establecidos como garantía no deberán estar endosados o gravados a favor de terceros y su fecha de vencimiento deberá ser posterior a la fecha de vencimiento del desembolso de la Asistencia Financiera. El BCN se reservará el derecho exclusivo de designar al notario que se encargue de formalizar las garantías a su favor.

Todos los gastos que generen la formalización de las garantías y sus registros correspondientes, en caso de ser necesario, serán asumidos por la entidad financiera deudora mediante autorización de pago contra la cuenta que maneja en el BCN por el monto correspondiente”.

5. Línea de crédito especial overnight

Los Bancos Comerciales pueden, además, obtener del BCN un crédito especial, denominado overnight, el cual se destina exclusivamente a atender insuficiencias de liquidez derivadas de los resultados de la Cámara de Compensación Interbancaria. Dicho crédito debe ser solicitado por escrito a la Gerencia Financiera del BCN y, en caso de satisfacer las condiciones del caso, éste será autorizado en el mismo día de su presentación³⁹.

Cabe destacar que, el plazo de dicho crédito será, en cualquier caso, de veinticuatro horas improrrogables. Éste puede ser utilizado el número de veces que lo soliciten los bancos comerciales, siempre y cuando cumplan con los requisitos para tener acceso al crédito. Por último, conviene tener presente que éste se documenta en pagarés a favor del BCN, en córdobas con mantenimiento de valor, suscritos por el representante legal de la entidad financiera solicitante o por apoderado debidamente autorizado para obligarla. Los pagarés deben incluir una cláusula de autorización para que el BCN debite automáticamente en las fechas de vencimiento los saldos deudores de las cuentas que los bancos comerciales manejan en el BCN⁴⁰.

³⁹ Artículos 13 y 14 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua Según el artículo 14 de las Normas Financieras “Los requisitos y procedimientos para tener acceso al Overnight son los siguientes a) Solicitud por escrito a la Gerencia Financiera del BCN, firmada por funcionarios debidamente autorizados de la respectiva institución b) Cumplir con la adecuación de capital de conformidad al último informe mensual emitido por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras. c) No tener pendiente obligaciones vencidas con el BCN d) El monto de esta solicitud más el resto de obligaciones de dicho banco con el BCN no deberá superar en ningún caso el límite de endeudamiento máximo establecido en el Art 45 de la presente Norma e) Constituir una garantía a favor del BCN por un monto equivalente al 125% del valor del crédito f) El banco comercial deberá estar solvente con los requerimientos de información de la Gerencia Financiera del BCN g) Si la solicitud cumple las condiciones reglamentarias, la respuesta a dicha solicitud será informada el mismo día de su presentación”

⁴⁰ Artículos 15,18 y 22 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua

Por último, la tasa de interés corriente del crédito overnight será la tasa equivalente a un día plazo, establecida por el BCN a partir de la tasa de rendimiento promedio ponderado de las Letras del BCN adjudicadas en la subasta de la semana anterior a la fecha de la solicitud del crédito, o en su defecto, en la última disponible, a la cual se le adicionará 200 puntos básicos. Si el banco deudor cancela el préstamo el mismo día hábil al de su concesión, pagará intereses por 12 horas. Por su parte, la tasa de interés moratoria del crédito overnight será igual a la tasa de interés corriente pactada, más un recargo del 50% de dicha tasa⁴¹.

Finalmente, el artículo 19 de las Normas Financieras que venimos estudiando, establece que “para optar a un crédito Overnight se deberá constituir una garantía a favor del BCN equivalente al 125% del valor del crédito con los siguientes activos y en ese orden de prelación, hasta agotar la disponibilidad de los mismos: 1) Títulos valores estandarizados del BCN (Letras y Bonos del BCN). Para efectos de garantía, los títulos estandarizados del BCN serán valorados al 100% de su valor contable a la fecha de concesión del crédito. El valor contable se define como el valor precio de los títulos valores más los intereses y mantenimiento de valor devengados a la fecha de concesión del crédito Overnight. 2) Letras de Tesorería y Bonos de la República emitidos por el MHCP. Para efectos de garantía, los títulos estandarizados del MHCP serán valorados al 100% de su valor contable, definido en el numeral anterior, a la fecha de concesión del crédito. Los activos establecidos como garantía no deberán estar endosados o gravados a favor de terceros y su fecha de vencimiento deberá ser posterior a la fecha de vencimiento del desembolso Overnight. El BCN se reservará el derecho exclusivo de designar al notario que se encargue de formalizar las garantías a su favor. Todos los gastos que generen la formalización de las garantías y sus registros correspondientes, en caso de ser necesario, serán asumidos por el banco comercial deudor mediante autorización de pago contra su cuenta en el BCN por el monto correspondiente”.

⁴¹ Artículos 16 y 17 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua

CAPÍTULO VII

CONTRATOS DE SERVICIOS BANCARIOS

1 Noción y clases

Dijimos en otra parte que, nos habíamos decantado por asumir como nuestra, en esta obra, la moderna clasificación que de las operaciones bancarias lleva a cabo la doctrina más en forma, principalmente, por el hecho de que la clasificación clásica de las operaciones bancarias no le hacía justicia, al considerarlas poco menos que operaciones residuales (de allí su nombre de “operaciones neutras”), al enorme tinglado de negocios jurídicos que, no tratándose de verdaderas operaciones de financiación, llevan a cabo las entidades financieras; y que, a decir verdad, cada día generan una mayor cantidad de los ingresos totales que perciben dichas entidades. Nos referimos, obviamente, a las operaciones que hemos dado en llamar servicios bancarios.

Dentro de estos servicios bancarios es posible distinguir: en primer lugar, los Servicios de Pagos (la compensación bancaria, el contrato de cuenta corriente bancaria, las tarjetas bancarias y la transferencia bancaria); en segundo término, los Servicios de Custodia (depósito de custodia (regular) y servicio bancario de cajas de seguridad); y, finalmente, Otros Servicios (compraventa de valores mobiliarios por cuenta de sus clientes y el fideicomiso).

2 Servicios de pagos

2.1. La compensación bancaria

De forma paralela a la actividad crediticia, las entidades financieras han desarrollado, desde hace muchos años ya, la actividad de intervención o mediación en los pagos, evitando, por razones de seguridad y economía, la utilización de efectivo en la liquidación de las transacciones mercantiles o de otra índole⁴².

Esta función, ligada en un primer momento a los supuestos de cambio trayecticio, ha venido desarrollándose junto con la proliferación de los depósitos bancarios y de otros instrumentos, tales como, el cheque,

⁴² CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , págs 541 y s

la cuenta corriente bancaria, la transferencia, e incluso las tarjetas de débito o crédito, que permiten movilizarlos o utilizarlos sin disposición de efectivo⁴³.

Tan necesaria es esta labor de intermediación que ha sido necesario crear mecanismos que faciliten, bajo la dirección y supervisión del Banco Central de Nicaragua, la liquidación entre ellas de las miles de operaciones en que intervienen. Así, el sistema de compensación bancaria en nuestro país se ha articulado a través de la “Cámara Interbancaria de Compensación Electrónica de Cheques” (también conocida de forma abreviada como CCE), servicio prestado por el Banco Central a través de la Gerencia Financiera⁴⁴.

El funcionamiento de la Cámara Interbancaria de Compensación Electrónica de Cheques ha sido debidamente reglamentado por el BCN, y a pesar de que, como hemos dicho arriba, los Bancos utilizan múltiples instrumentos financieros, el reglamento en cuestión está pensado para “la compensación interbancaria de Cheques”⁴⁵.

Podrán ser participantes directos de la CCE, el BCN, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y los bancos constituidos, autorizados y sujetos a la vigilancia de la SIBOIF. En tal sentido, los participantes deberán manejar cuentas corrientes en el BCN y cumplir cualquier otro requisito que éste les notifique⁴⁶.

⁴³ CORTÉS, op cit , pág 542

⁴⁴ Véase el anexo 4 de las Normas Financieras emitidas por el Banco Central de Nicaragua (Resolución CD-BCN-XXVII-1-07) “Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques”

La habilitación legal para crear dicha entidad se encuentra en el Artículo 38 de la ley 317

“ También podrá el Banco Central, dentro de las condiciones que determine el Consejo Directivo para la Cámara de Compensación, prestar servicios de compensación de cheques y demás títulos valores, para los bancos e instituciones financieras

Los saldos de los depósitos de encajes de las instituciones financieras servirán de base para los créditos y débitos que resulten del funcionamiento de un sistema de compensación de cheques por medio de la Cámara de Compensación”

⁴⁵ Véase el “Objetivo” del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques, donde se lee que “El presente reglamento tiene como objetivo regular el componente de Sistema de Pagos destinado a propiciar el funcionamiento y seguridad operativa de la Cámara Interbancaria de Compensación Electrónica de Cheques (CCE) A su vez permitirá la ejecución, compensación y liquidación de órdenes de pagos con cheques entre las entidades participantes (en adelante denominados únicamente los participantes)”

⁴⁶ Artículo 4 del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques

Cabe destacar que el BCN, en relación a la Cámara, cumple tres importantes funciones: como liquidador (“al finalizar el período de validación de las órdenes de pago negociadas por los participantes a través de la CCE, el BCN efectuará la compensación o neteo. Si todos los participantes tienen fondos suficientes, el BCN procederá a realizar la liquidación afectando las cuentas de los participantes. Una vez liquidadas las órdenes de pagos serán firmes, exigibles e irrevocables frente a terceros”)⁴⁷; como administrador y vigilante, a través de la “Gerencia Financiera” del BCN⁴⁸; y, en fin, como órgano de resolución de conflictos⁴⁹.

La norma prevé que se podrá realizar, solamente en horario y días hábiles, un “canje ordinario” con “dos sesiones”: “normal” para los participantes y “especial” para uso exclusivo del BCN, en cada una de las monedas (nacional y extranjera). El horario será establecido por el BCN a través de la Gerencia Financiera. Además, el BCN a través de la Gerencia Financiera podrá realizar “sesiones de canje de carácter extraordinario” en días y horarios que éste establezca, previa notificación a los participantes⁵⁰.

Por lo que respecta al procedimiento, el Reglamento prevé que los participantes deberán enviar la orden de pago y validar sus lotes electrónicos en cada moneda (canje saliente) durante el horario establecido por el BCN. Los participantes deberán recibir y validar la orden de pago del resto de participantes (canje entrante) durante el horario establecido. Una vez validada la orden de pago, cada participante deberá rechazarla (conforme las causales estipuladas en la normativa) o confirmarla en su sistema, debiendo registrar inmediatamente en la CCE el rechazo o la aceptación el que tiene carácter de irrevocable. Así, al finalizar el período

⁴⁷ Artículo 13 del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques

⁴⁸ Artículos 3 y 18 del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques

⁴⁹ Artículo 16 del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques: “En caso de surgir alguna diferencia o conflicto entre los participantes de la CCE, éstas deberán ser resueltas por las partes. El BCN únicamente intervendrá en aquellas que surjan dentro del ámbito de operación y servicios que brinda la CCE, el que será definido por el BCN. La resolución que emita el BCN será vinculante y de estricto cumplimiento para las partes, no estando sujeta a recurso alguno. El BCN podrá proporcionar a las partes la información pertinente para el arreglo de cualquier diferencia dentro del ámbito de operación y servicios que brinda la CCE”

⁵⁰ Artículo 6 del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques

de validación de las órdenes de pago negociadas por los participantes a través de la CCE, el BCN efectuará la compensación o neteo. Si todos los participantes tienen fondos suficientes, el BCN procederá a realizar la liquidación afectando las cuentas de los participantes. Una vez liquidadas las órdenes de pagos serán firmes, exigibles e irrevocables frente a terceros⁵¹.

En fin, la norma establece que en caso de que un participante se encuentre con insuficiencia de fondos para la liquidación de sus órdenes de pago, tendrá un plazo no mayor a una (1) hora a partir de la notificación por cualquier medio, para acreditar a su cuenta corriente el monto suficiente para cubrir sus obligaciones de pago. En caso de incumplir con el plazo establecido, el participante quedará excluido de esa sesión de CCE, mientras dure su situación de iliquidez. El BCN notificará al participante por cualquier medio de su exclusión temporal de la CCE, informará a la SIBOIF y efectuará la reliquidación de esa sesión de CCE. Asimismo, el participante excluido podrá ser reintegrado a la CCE, una vez demostrado al BCN que su situación de iliquidez ha sido superada, debiendo presentar solicitud escrita en la que demuestre que cuenta con fondos suficientes en sus cuentas corrientes en el BCN en ambas monedas para cubrir las órdenes de pago acumuladas al momento en que fue excluido. La institución deberá poseer en sus cuentas corrientes al menos el doble del saldo neto a pagar del día de su exclusión⁵².

2.2. El contrato de cuenta corriente bancaria

a) Noción, características y función económica

Dentro de los depósitos a la vista, que estudiamos en la unidad anterior, existe una modalidad que evolucionó hasta revestir una especial naturaleza, nos referimos a aquella en la que el Banco se obliga a prestar al depositante un continuo servicio de caja, atendiendo, con cargo a las cantidades de dinero depositadas por el cliente, las órdenes de pago que reciba (cheques, facturas, transferencias, etc.) y, a su vez, abonándole en la cuenta las nuevas remesas de dinero, cheques y transferencias, entre otros, que permiten incrementar el depósito⁵³.

⁵¹ Artículos 7 y 13 del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques

⁵² Artículo 14 del Reglamento de la cámara interbancaria de compensación electrónica de cheques

⁵³ CORTÉS, "Contratos Bancarios (II)", cit , pág 543

De hecho, la amplia difusión de esta modalidad de depósito le ha permitido adquirir, progresivamente, su propia sustantividad, que incluso encuentra reflejo en nuestro Código de Comercio (arts. 528 y ss.) bajo el nomen de “cuenta corriente bancaria”, respecto de la cual el depósito sólo pasa a ser un mero presupuesto, e incluso, todavía más, nuestro ordenamiento permite celebrar la cuenta corriente “a descubierto, cuando el banco hace adelantos de dinero”⁵⁴.

A través de este negocio jurídico la entidad financiera se convierte en cajero del cliente para las operaciones señaladas en el acuerdo, y, a su vez, procede por cuenta de éste, como si se tratase de un mandatario o comisionista, para efectuar pagos (realización de transferencias, adeudo de cheques, domiciliación de recibos, adeudo de cargos por utilización de tarjetas, entre otros) o para recibir cobros (ingresos en cuenta de cheques, domiciliación de nóminas, etc.)⁵⁵.

Precisamente tales caracteres permiten distinguir al contrato de cuenta corriente bancaria de otros negocios jurídicos con los que algún sector doctrinal ha tratado de emparentarlo. Reflejo de tal distinción es que el propio Código considera como instituto disímil al que ahora tratamos a la “cuenta corriente mercantil” (arts. 519 y ss. Cc.).

Ciertamente, este último contrato se aleja del negocio que nos ocupa. En primer lugar, porque en el contrato de cuenta corriente bancaria suele faltar la recíproca concesión de crédito que caracteriza a la “cuenta corriente mercantil”; y, en segundo término, debido a que, en la cuenta corriente bancaria, el Banco desarrolla para el cliente el denominado “servicio de caja” que, sobra decir, es completamente ajeno al contrato de cuenta corriente mercantil⁵⁶.

Aparte de los caracteres generales de los contratos bancarios (duración continuada, adhesión y mercantilidad), el negocio en cuestión se caracteriza por: ser un negocio consensual, ya que, como vimos, es posible que el contrato sea “a descubierto”, es decir, que no haya “entrega” de fondos por parte del cliente, y es más, cuando existe ésta tiene el

⁵⁴ Art 528 Cc “La cuenta corriente bancaria es de dos maneras a descubierto, cuando el banco hace adelantos de dinero, o con provisión de fondos, cuando el cliente los tiene depositados en el mismo banco”

⁵⁵ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit , pág 227

⁵⁶ URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y CORTÉS, Luis Javier, “El contrato de cuenta corriente” en la obra Uría – Menéndez Curso de Derecho Mercantil, T II, Civitas, Madrid, 2001, pág 225

carácter, según la norma, de “provisión de fondos”; es un contrato no formal, aunque se suele celebrar por escrito; y, en fin, es un contrato sinalagmático⁵⁷.

2.2 Derechos y obligaciones de las partes

El cliente debe satisfacer las distintas comisiones que, como contraprestación por los servicios prestados, le cargue la entidad financiera, así como aportar los fondos suficientes para que aquélla pueda proceder a efectuar los pagos a los terceros. Ahora bien, si éstos se realizaran sin contar con fondos disponibles, el Banco acreditará su importe en la cuenta del cliente, quien deberá satisfacer los intereses correspondientes por “el descubierto”⁵⁸.

Cabe destacar que el Código de Comercio, coincidiendo en este punto con el espíritu de la actual Ley de Bancos, prevé que “las partes fijarán la tasa del interés, comisión y todas las demás cláusulas que establezcan las relaciones jurídicas entre el cliente y el banco” (art. 533 Cc.). Es decir, se sanciona un régimen de completa libertad, especialmente, por lo que hace a la fijación de los intereses y comisiones.

El Banco, además de llevar a cabo, según las instrucciones de su contraparte, los pagos ordenados y de recibir los cobros previstos en el contrato, deberá, a petición del cliente, entregarle los libros-talonarios de cheques que precise (esta es la forma en que la práctica se ha venido materializando la obligación prescrita por el artículo 531 Cc. “todo el que tenga cuenta corriente en un banco, deberá recibir una libreta, en la cual se anotarán por el banco las sumas depositadas y la fecha, y las sumas de los giros o extracciones y sus fechas”); anotar los movimientos producidos en la cuenta⁵⁹ e informarle sobre la situación de la misma en los períodos señalados por la ley, mediante el envío de resúmenes o extractos, cuya aprobación se presume, salvo que el cliente manifieste su disconformidad en el plazo de cinco días después de recibidas⁶⁰, o

⁵⁷ Véase RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , págs 155 y s

⁵⁸ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit , pág 229

⁵⁹ En tal sentido véase el Art 534 Cc “Todo banco está obligado a tener sus cuentas corrientes al día para fijar su situación respecto al cliente”

⁶⁰ Art 530 Cc “Por lo menos ocho días después de terminar cada trimestre o período convenido de liquidación, los bancos deberán pasar a los clientes sus cuentas corrientes pidiéndoles su conformidad escrita, y ésta o las observaciones a que hubiere lugar, deben ser presentadas dentro de cinco días

Si en este plazo el cliente no contestare, se tendrán por reconocidas las cuentas en la forma presentada, y sus saldos, deudores y acreedores, serán definitivos en la fecha de la cuenta”

cuando el cliente lo solicite. Además, según los dictados del artículo 532 Cc., en línea de principio, el banco deberá capitalizar los intereses por semestres, salvo estipulación en contrario.

Por lo que hace a la extinción del contrato, éste suele pactarse por tiempo indefinido, siendo común que se resuelva unilateralmente, estableciéndose, en ese sentido, la obligación, que corre a cargo de ambas partes, de dar “previo aviso con diez días de anticipación, salvo convención en contrario”⁶¹.

2.3. Tarjetas bancarias

a) Concepto y clases de tarjetas. Las tarjetas de pago

El concepto de “tarjeta” suele hacer referencia a ciertos documentos, ordinariamente de reducidas dimensiones, elaborados con materiales y técnicas que posibilitan su uso durante un tiempo más o menos prolongado con mínimo deterioro. Éstas, por lo común, incorporan la identificación del titular, su firma y una banda magnética que permite su lectura o tratamiento electrónico (de ahí que, buena parte del tiempo, se les denomine como tarjetas electrónicas)⁶².

Estas tarjetas, de uso generalizado hoy en día, pueden cumplir funciones meramente identificativas de su titular, particularizándose por la posibilidad de lectura electrónica que puede realizarse de la información que almacenan (tarjeta-carnet). Pero lo normal es que la identificación se ponga al servicio de la “legitimación del titular” en el ejercicio de ciertos derechos o actos, debiendo, por tal razón, ser consideradas como títulos de legitimación en sentido técnico⁶³.

No obstante, pese a la multiplicidad de tarjetas que pueden ser consideradas en la amplia noción que acabamos de exponer, por evidentes razones, a nosotros sólo nos interesa abordar aquí las llamadas tarjetas bancarias, a saber, las que son emitidas por una institución financiera para su entrega y uso por un cliente. En tal sentido, no debe perderse de vista que el inciso 6 del artículo 53, de la Ley 561, faculta a los Bancos nicaragüenses para emitir o administrar medios de pago tales como tarjetas de crédito, tarjetas de débito y cheques de viajero.

⁶¹ Artículo 529 Cc

⁶² CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 545

⁶³ CORTÉS, op cit , págs 545 y s

De manera general, una de las principales funciones que están llamadas a cumplir las tarjetas bancarias es la de permitir el acceso y la operación en los cajeros automáticos de la entidad con la que se mantiene la relación bancaria, o bien de otras entidades interconectadas a ésta. Así, “la tarjeta de cajero automático” o de “caja abierta o permanente”, cumple, en primer lugar, la función de extender y permitir el funcionamiento automatizado del servicio de caja: obteniendo entregas o reembolsos de dinero, depositando efectivo o cheques, u obteniendo información sobre la cuenta misma. Para ello se hace necesario introducir la tarjeta en el cajero y teclear su clave secreta (conocida como “PIN” entre nosotros), que permite activar el funcionamiento del programa de utilización del cajero. Cuando la tarjeta se reduce a este uso se comporta como un “documento de legitimación real”, aunque de naturaleza particular, pues no basta la mera posesión sino que la utilización de la clave⁶⁴.

Además, dentro del género de tarjetas bancarias encontramos aquellas otras que, con independencia de permitir el acceso a cajeros automáticos, pueden ser utilizadas como “medios de pago”, a saber, como sustitutivos de dinero no sólo en operaciones que se lleven a cabo con un concreto sujeto o empresa (caso de las llamadas “tarjetas comerciales o bilaterales”), sino también con una pluralidad de ellos en el tráfico general de pagos de bienes y servicios, a las que la doctrina denomina “tarjetas bancarias de pago”, y entre las que encajarían las denominadas entre nosotros “tarjeta de débito” y “tarjeta de crédito”⁶⁵.

Estas “tarjetas bancarias de pago” siempre son documentos de legitimación nominal que, por ende, requieren, en línea de principio, la identificación de su titular cuando desea pagar un bien o servicio (aunque, entre nosotros, la exigencia de identificación es más bien la excepción). Una vez que el prestador del bien o servicio se cerciora de la identificación del titular, procede a obtener electrónicamente (mediante la utilización de un aparato denominado “datáfono”, conocido entre nosotros como “POS”⁶⁶) o por vía telefónica la autorización de la

⁶⁴ CORTÉS, comenta en tal sentido que, no obstante, esta tarjeta también puede usarse en ventanilla, recuperando, en tales casos, su naturaleza de “título de legitimación nominal” propiamente dicho, requiriéndose para su utilización la identificación del titular (op cit, pág 546)

⁶⁵ Cfr AURIOLES MARTÍN, Adolfo, “Contratos Bancarios de Gestión (I)” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A, Barcelona, 2000, pág 512

⁶⁶ POS (Acrónimo inglés de Point Of Sale) “Son sistemas informáticos que ayudan en las tareas de gestión de un negocio de ventas al público mediante un interface accesible para los vendedores, los POS permiten la creación e impresión del ticket de venta mediante las referencias de productos, realizan diversas operaciones durante todo el proceso de venta como cambios en el stock también generan diversos reportes que ayudan en la gestión del negocio Los POS se componen de una parte hardware (dispositivos físicos) y otra software (sistema operativo y programa de gestión)” Véase [http //es wikipedia.org/wiki/POS](http://es.wikipedia.org/wiki/POS)

entidad financiera para realizar la operación, una vez que se comprueba la existencia de fondos o crédito a disposición del cliente. Además, el cliente debe firmar una nota de cargo o recibo (boucher entre nosotros) que queda en poder del prestador del bien o servicio que, posteriormente, recibirá, en los casos en que proceda, a través de su propia cuenta bancaria, el abono del importe de la transacción realizada⁶⁷.

b) Naturaleza y régimen jurídico

A excepción de la tarjeta de crédito, que hemos estudiado en la unidad dedicada a los contratos de financiación, el resto de las tarjetas bancarias carecen, prácticamente, de un régimen jurídico positivo⁶⁸, sometiéndose, sobre todo, a los usos y costumbres bancarios, y, especialmente, a las condiciones generales que estipulan los bancos en los contratos tipo que suelen celebrar con sus clientes⁶⁹.

Como en el caso de la tarjeta de crédito, en las demás tarjetas bancarias existe una pluralidad de relaciones contractuales que hacen posible

⁶⁷ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 547

⁶⁸ Aparte del precitado inciso 6 del artículo 53 de la ley 561, en nuestro ordenamiento sólo existen dos preceptos que hacen referencia a la Tarjeta de Débito, a saber, los artículos 7 y 16 de la Ley 515, Ley de promoción y ordenamiento del uso de la tarjeta de crédito, que como puede observarse (y ya comentamos ampliamente en su oportunidad), es una norma pensada para regular, precisamente, la Tarjeta de Crédito y, en consecuencia, las alusiones que hace a la Tarjeta de Débito son, en todo caso, “residuales”

Art 7 de la Ley 515 “Todo cobro efectuado en concepto diferente al de la compra de bienes o adquisición de servicios por parte del usuario de la tarjeta de crédito, tales como emisión de tarjetas, comisiones, manejo o cobro extrajudicial, no generarán intereses en los primeros cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la fecha que se establezca el cobro en el estado de cuenta respectivo. De no cancelarse en ese período tales sumas, se considerarán incluidas al principal y generarán el interés correspondiente. Cualquier tipo de recargo a cobrar por efecto de comisiones, mora, seguro o manejo, entre otros, deberá estar previamente establecido en el contrato de adhesión o en su defecto aceptado expresamente por el usuario de la tarjeta de crédito para que le pueda ser cobrada en su estado de cuenta correspondiente. En ninguno de estos casos, el silencio por parte del usuario de la tarjeta de crédito o débito podrá ser interpretado como señal de aceptación”

Art 16 de la Ley 515 “Para la emisión de las normas de las que se habla en los artículos anteriores, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Bancos y de otras Instituciones Financieras, tendrá en cuenta las prácticas y usos que han caracterizado el negocio de la tarjeta de crédito, velando por una incorporación novedosa que garantice los derechos de todos los operadores del tráfico mercantil con énfasis en el derecho de los usuarios. Cuando el pago sea realizado usando tarjeta de crédito, se prohíbe cualquier tipo de cobro adicional al precio de venta ofrecido por los proveedores de esos bienes o servicios. Así mismo, se prohíbe cualquier práctica comercial discriminatoria como consecuencia de la realización de pagos utilizando la tarjeta de crédito, particularmente los referidos a descuentos, ofertas y promociones. No podrá efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta de crédito o débito, a menos que tal diferencia opere en beneficio del uso de la tarjeta”

⁶⁹ Vid AURIOLES MARTÍN, “Contratos Bancarios de Gestión (I)”, cit , pág 512

el funcionamiento de la tarjeta. Revistiendo especial importancia la relación que existe entre el emisor (en nuestra práctica, por lo general, un Banco) y el titular de la tarjeta.

En virtud de dicha relación contractual el emisor entrega al cliente la tarjeta, para facilitar a éste el ejercicio de ciertas facultades vinculadas al servicio de caja y, sobre todo, permitir su utilización como medio de pago. Como contraprestación, el cliente paga, generalmente, una comisión (única) por emisión (aunque en nuestro medio cada vez es menos común el pago de la misma, en razón de la feroz competencia que mantienen las distintas entidades emisoras) y otra anual, de mantenimiento (que también los bancos suelen dispensar, aunque, eso sí, previa solicitud del cliente). La tarjeta suele emitirse en el contexto de una determinada relación causal establecida previamente con el emisor, que ha de ser compatible con el adeudo contable de los importes de las operaciones pagadas “con” tarjeta (o, lo que es lo mismo, a la postre liquidadas por la entidad de crédito) al acreedor por la venta del bien o servicio de que se trate⁷⁰.

Esta relación básica o causal suele, por lo general, ser una cuenta corriente bancaria, pero puede ser también un depósito en cuenta corriente o una cuenta corriente de crédito (en este último caso, obviamente, hablamos de una tarjeta de crédito)⁷¹. En nuestra realidad es más bien habitual, sobre todo tratándose de las “tarjetas de débito”, celebrar un contrato de depósito de uso que en la práctica bancaria se denomina “cuenta nómina”, donde el empleador del tarjetahabiente deposita, en las fechas señaladas, el importe del salario que éste percibe en razón de la relación laboral que lo une a aquél.

Además, es común la celebración de relaciones contractuales, por una parte, entre el emisor y el establecimiento asociado, y, por otra, entre el titular o beneficiario y el establecimiento asociado. Además, en menor proporción que en el caso de la tarjeta de crédito, es posible celebrar un contrato entre el emisor y la entidad de franquicia. Para el estudio de todo ese complejo de relaciones contractuales remitimos al lector a lo ya señalado en el apartado dedicado al estudio de la tarjeta de crédito.

⁷⁰ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 548

⁷¹ CORTÉS, op cit , ibidem

2.4. La transferencia bancaria. El giro.

a) Noción y naturaleza jurídica

La transferencia bancaria constituye uno de los supuestos típicos de mediación bancaria en los pagos⁷². Al igual que el cheque o la tarjeta, es un instrumento o medio de pago que suple y evita la utilización de dinero en efectivo. En efecto, esta operación, por lo general incluida en el “servicio de caja” que ofrecen los bancos a su clientela, supone un traspaso de crédito de una cuenta bancaria a otra, usualmente de diferente titular, perteneciente a la misma o diferente entidad de crédito⁷³.

Si el cliente confiere la orden de transferir a otra cuenta de la misma entidad una determinada cantidad (transferencia interna), la operación se reduce a cargar o adeudar la suma en la cuenta del cliente ordenador y abonarla o acreditarla en la del cliente beneficiario. Ahora bien, en los casos en que la transferencia tiene lugar entre cuentas de clientes que se encuentran en entidades disímiles (transferencia externa), a lo explicado arriba habrá que agregar la necesidad de un nuevo traspaso, de entidad a entidad, de la cantidad de dinero objeto del negocio⁷⁴.

Todavía más, pueden presentarse dos variantes: en caso de que las entidades bancarias tuviesen relaciones de cuentas entre sí, la orden de transferencia se transmite directamente de una a otra (transferencia directa); empero en caso de que no existan tales relaciones de cuentas, han de entrar en relación por medio de un tercer sujeto o entidad especializada (transferencia indirecta). Merece la pena destacar aquí que, hoy en día, la realización y liquidación de las transferencias se efectúa habitualmente en el seno de los modernos sistemas de compensación y liquidación bancarias, de los que ya hemos tratado líneas arriba⁷⁵.

Por su parte, la naturaleza jurídica de la transferencia bancaria es cuestión harto discutida, probablemente debido a la pluralidad de supuestos que ésta ofrece y a la pluralidad de relaciones que en ella se comprenden (la relación entre cliente ordenante y la entidad que realiza la transferencia; la que existe, en su caso, entre ésta y las otras entidades que puedan intervenir; la relación entre la entidad que en última instancia abona la

⁷² Empero, nos llama poderosamente la atención que nuestra Ley 561, en su artículo 147 4, concibe la creación de “Empresas Financieras de Régimen Especial” que se dediquen, básicamente, a prestar “Servicios de transferencia de dinero”

⁷³ AURIOLES MARTÍN, “Contratos Bancarios de Gestión (I)”, cit , pág 501

⁷⁴ Cfr ZUNZUNEGUI, Derecho del Mercado Financiero, cit., págs 452 y s

⁷⁵ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 550

transferencia y el beneficiario; y la relación antecedente de todas ellas, entre ordenante y beneficiario, que explica la transferencia misma)⁷⁶.

Así, la doctrina se debate entre la idea de la delegación de deuda, cesión de créditos, estipulación a favor de terceros, mandato, entre otras⁷⁷.

No obstante, parece más correcto atender a las distintas y particulares relaciones jurídicas que son posibles en el seno de dicho negocio. De tal forma que, la relación entre el banco y el cliente ordenante (denominada también “relación de provisión”) es calificable como un mandato; es más, algunos autores entienden que se trata de acto u orden ejecutado en el contexto y desarrollo del servicio de caja que constituye la prestación característica del banco en este contrato⁷⁸.

b) Contenido del contrato

Al tratarse de un negocio atípico en nuestro medio habrá que estar, en primer término, a los acuerdos que las partes celebren respecto del particular negocio. Y, en su defecto, la doctrina más autorizada entiende que serán aplicables las disposiciones generales en materia de mandato o comisión⁷⁹.

Así, el banco debe ejecutar la transferencia atendiendo a las instrucciones de su cliente, haciendo gala de la debida diligencia y, particularmente, con la celeridad que resulta exigible en la prestación de un servicio profesional retribuido, respondiendo de los posibles daños y perjuicios que ocasione a su cliente como consecuencia de su proceder⁸⁰. En cambio, el ordenante se obliga a enterar la comisión que corresponda, misma que suele satisfacer mediante adeudo en su cuenta y, como es natural, debe contar con la previa disponibilidad de fondos necesarios para cubrir el monto de la transferencia que haya ordenado⁸¹.

⁷⁶ Cfr BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, cit , pág 230

⁷⁷ AURIOLES MARTÍN, “Contratos Bancarios de Gestión (I)”, cit , pág 502

⁷⁸ CORTÉS agrega que “En virtud de esta orden, la entidad de crédito reduce la disponibilidad con que cuenta su cliente, y, consecuentemente, la misma entidad o su corresponsal acredita el importe en la cuenta del beneficiario. De ahí que para explicar este efecto se haya recurrido a la figura de la delegación, contrato por el que una persona delegada (la entidad de crédito), deudora de otra delegante (el cliente), consiente en sustituir a esta en la deuda que tiene, a su vez, con un tercero (delegatario o beneficiario). Pero, con independencia de que no siempre la transferencia responde a la existencia de deuda (baste pensar en la transferencia entre cuentas distintas de una misma persona, o en la transferencia realizada para regalar o donar una suma de dinero), no cabe olvidar que, en principio, de acuerdo con nuestro Derecho, esa delegación de deuda no puede provocar la liberación del ordenante sin que concorra el consentimiento del acreedor beneficiario” (“Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 551)

⁷⁹ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 552

⁸⁰ AURIOLES MARTÍN, “Contratos Bancarios de Gestión (I)”, cit , pág 503

⁸¹ Vid SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, cit , pág 328

Además, la entidad receptora de la transferencia debe prestar a su cliente un servicio de caja remunerado, a la vez que realiza, adicionalmente, un encargo, es decir un nuevo mandato de la entidad del cedente o de otra interpuesta en el caso de que se trate de una transferencia indirecta⁸².

4.3 El giro

Las evidentes ventajas que presenta la transferencia bancaria, aunadas a la difusión de las cuentas corrientes bancarias, provocaron en un primer momento una importante disminución del contrato de giro. Sin embargo, hoy en día éste sigue subsistiendo, e incluso ha renacido con bastante fuerza en el tráfico jurídico, especialmente en nuestro medio, gracias al fenómeno de la inmigración.

Y es que el giro no es otra cosa que el encargo remunerado, que recibe una entidad bancaria o una entidad especializada (verbigracia: western union, money gram, etc.)⁸³, de poner a disposición de una determinada persona una suma de dinero (por lo general de bajo importe), que previamente el cliente ha entregado a dicha entidad, casi siempre en efectivo. Lo normal es que las entidades en cuestión realicen dichas operaciones sin desplazamiento ni transporte material de numerario, mediante simples órdenes de pago cursadas a sus agencias, sucursales o corresponsales, generalmente ubicadas en países distintos⁸⁴.

Esto último, justamente, ha permitido convertir al giro bancario en un instrumento idóneo para realizar funciones de cambio trayecticio entre plazas distintas y distantes entre sí⁸⁵.

3. Servicios de custodia

3.1. Depósito de custodia (regular)

También conocido como depósito bancario cerrado, dicho negocio consiste en la entrega de un cliente a su banco, para su estricta custodia, de cosas con un valor objetivo, o incluso subjetivo, contenidas en cajas, o en sacos precintados, o bien en sobres o en pliegos cerrados y sellados.

⁸² CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 552

⁸³ A estas entidades parece referirse el artículo 147 5 de la Ley 561, el cual prevé la creación de “Empresas Financieras de Régimen Especial” que se dediquen a la “Emisión y administración de medios de pago tales como giros bancarios”

⁸⁴ Véase AURIOLES MARTÍN, “Contratos Bancarios de Gestión (I)”, cit , págs 503 y s

⁸⁵ AURIOLES MARTÍN, op cit , ibidem

Por lo general se tratará del depósito de alhajas y de metales preciosos, o inclusive (aunque hoy es más bien un “supuesto de manual”) el caso del depósito bancario de numerario con especificación de la moneda^{86 87}.

En nuestro sistema dicho negocio encuentra carta de naturaleza en el artículo 54 de la Ley 561, el cual prescribe que “todos los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones de confianza: 1. Recibir en custodia fondos, valores, documentos y objetos y alquilar cajas de seguridad para guarda de valores como los enumerados”.

Como puede inferirse de lo anterior, el mismo legislador es consciente de que el contrato que nos ocupa es una alternativa a otro negocio jurídico que, hoy en día, ha terminado por desplazar, por no decir “extinguir”, al depósito de custodia, nos referimos al alquiler de cajas de seguridad (negocio del cual nos ocuparemos más adelante).

En los depósitos bancarios cerrados, por su naturaleza de depósito regular (cuestión que los separa de sus “primos”: los depósitos “irregulares” de dinero), la obligación de custodia se ve reforzada.

Así, la institución financiera se obliga, previo pago de la comisión pactada, a devolver a sus clientes las cajas, sacos o sobres depositados en la misma forma y condiciones en que quedaron en su posesión. De hecho, este compromiso de garantía externa de lo custodiado implica que la responsabilidad del banco por culpa derivada de la pérdida o del deterioro de lo depositado resulte agravada, especialmente si la comparamos con la responsabilidad surgida en los casos de depósito abierto; y queda agravada hasta el punto de que el banco tan solo podrá liberarse de responsabilidad en aquellos supuestos en los que pruebe que la pérdida o deterioro se produjo por causa de fuera mayor o caso fortuito insuperable (Cfr. art. 464 Cc.)⁸⁸.

⁸⁶ Véase Art 464 Cc “Cuando los depósitos sean de numerarios, con especificación de las monedas que los constituyan, o cuando se entreguen cerrados y sellados, los aumentos o bajas que su valor experimente, serán de cuenta del depositante

Los riesgos de dicho depósito corren a cargo del depositario, siendo de su cuenta los daños que sufran, si no prueba que ocurrieron por fuerza mayor o caso fortuito insuperable

Cuando los depósitos de un numerario se constituyan sin especificación de moneda, o sin cerrar o sellar, el depositario responderá de su conservación y riesgos en los términos establecidos por el artículo anterior”

⁸⁷ VALENZUELA GARACH, FERNANDO, “Contratos Bancarios de Gestión (II)” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A , Barcelona, 2000, pág 516

⁸⁸ VALENZUELA GARACH, op cit , pág 517

En fin, la eventual indemnización tendrá como límite cuantitativo el importe fijado en la correspondiente “factura” o “recibo” de entrega, con el que se formaliza el contrato. Este documento queda suscrito por el depositante y en él se suele expresar el valor que se asigna al contenido del depósito, reservándose el banco, normalmente, la facultad de examinarlo para asegurarse de su licitud y admisibilidad. Acto seguido, la institución financiera suele entregar al cliente un “resguardo” con el que se individualiza el depósito en cuestión y que, por lo general, puede transmitirse por endoso, previa notificación al depositario. Por último, es importante no perder de vista que la restitución del depósito requiere la presentación al banco depositario del resguardo, con el correspondiente “recibí” del cliente⁸⁹.

3.2. Servicio bancario de cajas de seguridad

El negocio que nos ocupa se caracteriza por tratarse de un servicio bancario consistente en la puesta a disposición del cliente del uso individual de un determinado compartimento o caja fuerte, en un local especialmente protegido, que la entidad prestadora del servicio dispone con ese fin, a cambio de una compensación dineraria⁹⁰.

La doctrina más en forma afirma que el servicio bancario de cajas de seguridad no es otra cosa que el resultado de una evolución del depósito bancario cerrado⁹¹. Ello se explica porque a la práctica inicial de que el cliente acudiese al banco a depositar sus propias cajas precintadas, sucedió otra consistente en ser el propio banco quien las pusiese a disposición individual de sus clientes (en un primer momento mediante su venta y optando luego por su alquiler), para que guardasen en éstas ciertos objetos⁹².

Un poco más tarde, los bancos optaron por construir locales acorazados dentro de sus propios establecimientos, habilitados de forma tal que procurasen un mejor aprovechamiento del espacio físico a ocupar por las cajas. Así, estos locales normalmente están subdivididos en compartimentos numerados, dotados individualmente de una cerradura especial de doble llave, una de las cuales queda en posesión del cliente y la otra en poder de la institución financiera. En fin, es común que cada

⁸⁹ VALENZUELA GARACH, op cit , ibidem

⁹⁰ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 554

⁹¹ Ello explicaría por el legislador nicaragüense, en el Artículo 54 de la Ley 561 prevé que “Todos los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones de confianza 1 Recibir en custodia fondos, valores, documentos y objetos y alquilar cajas de seguridad para guarda de valores como los enumerados”

⁹² VALENZUELA GARACH, “Contratos Bancarios de Gestión (II)”, cit , pág 523

entidad de crédito tenga su propio sistema de seguridad con la intención de permitir al cliente el acceso al uso y disfrute de la caja durante el horario determinado de previo (verbigracia: contraseña o contraste de firmas, tarjeta de acceso, entre otros)⁹³.

Por otra parte, la naturaleza jurídica del negocio jurídico por el que se adquiere el uso de la caja de seguridad es cuestión hartamente debatida. En un primer momento la doctrina y la jurisprudencia se decantaron por la “tesis del arrendamiento de cosa”. No obstante, en un momento ulterior se optó por entender dicho negocio como depósito, en tanto prevalecía el elemento de la custodia⁹⁴.

Un poco después, la conjunción de elementos propios de tales contratos llevó a un sector de estudiosos a afirmar que estábamos frente a un contrato mixto de arrendamiento de cosa (cesión de uso de la caja) y de depósito (vigilancia o custodia del local donde se ubiquen las cajas)⁹⁵.

No obstante, a nosotros nos parece que nos encontramos frente a un negocio atípico con sustantividad propia, en tanto en cuanto ni la cesión del uso de la caja de seguridad, ni la custodia que sobre ésta lleva a cabo el banco, coinciden exactamente con las prestaciones a las que dan lugar los negocios de arrendamiento y de depósito⁹⁶.

La afirmación anterior obedece, de una parte, a que el titular no posee la cosa arrendada, simplemente la utiliza, y cuando lo hace es, precisamente, bajo la vigilancia del banco; de otro lado, porque la custodia no recae de manera directa sobre los objetos que se hayan introducido en la caja, ello debido a que tal prestación tiene lugar sobre la caja de seguridad y los locales donde ésta se encuentra, de modo que, como es natural, no se trata de un contrato real que se perfeccione con la entrega de la cosa al depositario, es más, el banco desconoce lo que se introduce en la caja. En síntesis, el banco ni recibe la cosa ajena y, por ende, tampoco tiene la obligación de restituirla⁹⁷.

⁹³ VALENZUELA GARACH, *op cit*, *ibidem*

⁹⁴ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, *cit*, págs 554 y s

⁹⁵ Vid ZUNZUNEGUI, *Derecho del Mercado Financiero*, *cit*, pág 596

⁹⁶ Cfr SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, *cit*, pág 355

⁹⁷ ZUNZUNEGUI, agrega en este sentido que, por todo ello, la doctrina francesa propone encuadrar este tipo de depósitos en la categoría de *contrat de garde* (contrato de vigilancia), en la que también se incluirían aquellas categorías de depósito en las que el depositario tampoco llega a detentar los objetos depositados, como sucede en el depósito de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones (Vid 3506 y 3508 C) Cabe destacar que esta posición doctrinal destaca la característica esencial de contrato de alquiler de cajas de seguridad, a saber, la obligación de la entidad de crédito de vigilar la caja y los objetos que contenga (*Derecho del Mercado Financiero*, *cit*, pág 596)

Por lo que atañe al contenido obligacional del contrato, como ya hemos dejado sentado, la institución financiera se obliga a custodiar o vigilar las cajas, velando por la integridad física de las mismas y, obviamente, debe responder de la idoneidad de los locales en que éstas se encuentren instaladas. Asimismo, dicha institución debe facilitar al cliente el uso de la caja fuerte en el tiempo y forma determinados⁹⁸.

En cambio, el cliente se obliga a pagar el precio convenido por el servicio y a destinarla al uso pactado o al que sea conforme al fin que a ella es natural. De hecho, en caso contrario (verbigracia, cuando existan serias sospechas de que el contenido de la caja pudiese ser contrario a la Ley) el banco suele reservarse la facultad extraordinaria de abrirla, levantando acta notarial o judicial⁹⁹.

Por último, en relación al negocio que nos ocupa, es importante plantearse dos asuntos de indudable trascendencia práctica: en primer lugar, cabe preguntarse ¿sí es posible proceder al embargo del contenido de la caja de seguridad? En tal sentido, siguiendo a la doctrina más autorizada, nos parece que tal posibilidad debe admitirse sin dificultad, de forma tal que el Juez podrá decretar el embargo, ordenando al Banco que impida el acceso al cliente. De otra parte, se suele preguntar por la extensión de la responsabilidad de la entidad financiera en caso de robo o apertura in consentida en la caja, sobre todo tomando en cuenta el duro expediente de la prueba, donde el cliente debe demostrar tanto el contenido concreto de la caja como el valor de los bienes. Para mitigar un poco los efectos de tal fenómeno se suele exigir que una de las partes (por lo regular el cliente) contrate una póliza de seguros ad hoc, sin embargo, lo cierto es que, a su vez, dicha póliza se enfrenta al problema del desconocimiento de lo introducido en la caja¹⁰⁰.

4. OTROS SERVICIOS

4.1. Compraventa de valores mobiliarios por cuenta de sus clientes

El inciso 2 del artículo 54 de nuestra Ley general de bancos, instituciones financieras no bancarias y grupos financieros, prevé que dentro de las operaciones de confianza de los bancos, éstos podrán: “comprar y vender

⁹⁸ CORTÉS, “Contratos Bancarios (II)”, cit , pág 555

⁹⁹ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, Manual de Derecho Mercantil, cit , pág 252

¹⁰⁰ BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, op cit , pág 253

por orden y cuenta de sus clientes toda clase de valores mobiliarios tales como acciones, bonos, cédulas y otros”¹⁰¹.

En dicho negocio jurídico nos encontramos ante un supuesto de gestión o administración dinámica, en el sentido de que a los actos conservativos y de mera administración deben agregarse los actos de disposición en un sentido amplio, esto es, de administración activa, que la entidad bancaria puede llevar a cabo sobre los valores integrantes de la cartera del cliente¹⁰².

Asimismo, es posible afirmar, en atención a lo que prescribe la norma, que se trata de un “contrato mercantil atípico de gestión de negocios ajenos”, en virtud del cual el banco presta de forma duradera y continuada (obviamente durante los plazos señalados en el particular negocio de que se trate) un servicio profesional de gestión personalizada sobre un conjunto de valores e instrumentos financieros negociables por cuenta y encargo del cliente, inversor y titular de la cartera, el cual, el cual, como es natural, se obliga a remunerar tal gestión¹⁰³.

No obstante, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente en materia de bolsa de valores, específicamente según lo prescrito por los artículos 50¹⁰⁴, 62¹⁰⁵ y 63¹⁰⁶ de la Ley de Mercado de Capitales¹⁰⁷, sólo

¹⁰¹ Asimismo nos parece que esta particular operación “de confianza” guarda estrechas conexiones con la señalada en el inciso 9 del mismo artículo, esto es, la posibilidad del banco de “Actuar como Administrador de Fondos de terceros, sean estos de personas naturales o jurídicas, quienes en virtud de contratos suscritos con el banco, transfieren a éste la capacidad de disponer de dichos fondos, conforme a los términos, condiciones, mecanismos y requisitos establecidos en el contrato”

¹⁰² VALENZUELA GARACH, “Contratos Bancarios de Gestión (II)”, cit , pág 522

¹⁰³ Cfr VALENZUELA GARACH, op cit , ibidem

¹⁰⁴ Art 50 LMC “Celebración Son contratos de Bolsa los que se celebren en las bolsas de valores por medio de puestos de bolsa y tengan como objeto valores admitidos a negociación en una Bolsa de valores Las partes se obligan a lo expresado en los contratos de Bolsa y a las consecuencias que se deriven de la equidad, la Ley, los reglamentos y usos de la Bolsa. Los contratos de Bolsa deben ser interpretados y ejecutados de buena fe Las bolsas podrán suspender los contratos bursátiles de conformidad con las disposiciones contenidas en los reglamentos que para tal efecto emitan”

¹⁰⁵ Art 62 LMC “Naturaleza de los puestos de bolsa Los puestos de bolsa deben ser personas jurídicas, autorizadas por las bolsas de valores correspondientes, de conformidad con los requisitos establecidos para ser miembros de las mismas y, realizar las actividades autorizadas en esta Ley

Contra la decisión de autorizar un puesto de Bolsa cabrá recurso de apelación ante el Consejo Directivo de la Superintendencia de conformidad a los procedimientos señalados en la Ley de la Superintendencia en lo pertinente

Las operaciones que se efectúen en las bolsas de valores deberán ser propuestas, perfeccionadas y ejecutadas por un puesto de Bolsa”

¹⁰⁶ Art 63 LMC “Requisitos Todo puesto de Bolsa estará sujeto al cumplimiento de los siguientes requisitos

las sociedades anónimas especiales en las “que su objeto social se limite a las actividades autorizadas por esta Ley y sus normas generales”, podrán ser concesionarios de un puesto de Bolsa, que son justamente las entidades que gozan del monopolio de la contratación en el mercado bursátil nicaragüense.

En otras palabras, según el precepto, para que los bancos puedan comprar y vender por orden y cuenta de sus clientes toda clase de valores mobiliarios en las bolsas de valores, que es el lugar usual (aunque no el único) donde se verificarán dichos negocios jurídicos, tendrá que hacerlo necesariamente a través de un Puesto de Bolsa. Es justamente por ello que, en nuestra práctica, algunos de los bancos que operan en el país

-
- a) Que se constituya como sociedad anónima, conforme al Código de Comercio y que sus acciones sean nominativas e inconvertibles al portador. Ninguna persona natural o jurídica podrá ser director de más de un puesto de Bolsa dentro de una misma Bolsa
 - b) Que su objeto social se limite a las actividades autorizadas por esta Ley y sus normas generales y su duración sea la misma de la respectiva Bolsa de valores, incluidas sus prórrogas
 - c) Que disponga, en todo momento, de un capital mínimo, suscrito y pagado en dinero efectivo, de dos millones de córdobas (C\$ 2 000 000 00) suma que podrá ser aumentada por el Consejo Directivo de la Superintendencia, cada dos años de acuerdo al desarrollo del mercado. El monto del capital social podrá ser revisado y ajustado por el Consejo Directivo de la Superintendencia, de acuerdo con la variación del tipo de cambio oficial de la moneda nacional. Asimismo, este monto podrá ser revisado y ajustado para cada puesto de bolsa por el Superintendente, con el fin de mantener los niveles mínimos de capital proporcionales al volumen de actividad y los riesgos asumidos, conforme lo establezca por norma general el Consejo Directivo de la Superintendencia. Estos cambios deberán ser publicados en un diario de amplia circulación nacional sin perjuicio de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial
 - d) Que mantenga una garantía de cumplimiento determinada por el Superintendente, en función del volumen de actividad y los riesgos asumidos, para responder exclusivamente por las operaciones de intermediación bursátil y demás servicios prestados a sus clientes
 - e) Que todos sus directivos, gerentes y principales funcionarios sean de reconocida solvencia moral, con amplia capacidad y experiencia; debiendo presentar certificación de su nombramiento, adjuntando su curriculum detallado de cada uno de ellos, y que ninguno haya sido condenado por delitos contra la propiedad o la fe pública o que hayan sido directores o funcionarios de entidades financieras sometidas a liquidación forzosa, por las causales establecidas en los incisos 1,2,3,4 y 6 del art 88 de la Ley General de Bancos, Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros
 - f) El Consejo Directivo de la Superintendencia establecerá un plazo no mayor de tres años para que los puestos de bolsa autorizados con antelación a la vigencia de la presente Ley y que estén inactivos reinicien operaciones, caso contrario, la bolsa de valores les deberá cancelar la autorización
 - g) Los demás requisitos contemplados en esta Ley, o los que establezca en general el Consejo Directivo de la Superintendencia
 - h) El puesto de Bolsa autorizado a partir de la vigencia de la presente Ley, deberá iniciar operaciones en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación de la resolución respectiva, de lo contrario, la misma Bolsa de Valores le cancelará la autorización. La autorización de un puesto de Bolsa no es transferible ni gravable, sin la autorización de la bolsa respectiva”

¹⁰⁷Ley N° 587 Gaceta N° 222, de 15 de noviembre de 2006

han decidido “constituir” su propio Puesto de Bolsa, para poder ofrecer dicho servicio a sus clientes.

Por otra parte, en la práctica de los negocios, una de las características del contrato del que venimos hablando es, ni más ni menos, la diversidad de modalidades en las que se manifiesta. Así, dichos contratos, en primer lugar, pueden tener un contenido mínimo, esto es, una “simple labor de asesoramiento del cliente”, en razón de la cual será él quien tome la decisión última de ejecución final de la inversión aconsejada por la institución gestora. Pero, además, también es posible que esta última institución se ocupe de la “gestión discrecional”, en cuyo caso ésta gozará de un amplísimo margen de libertad de actuación, de forma tal que podrá realizar las operaciones que estime conveniente sin previo aviso ni consulta al titular de los valores¹⁰⁸.

4.2. Contrato de fideicomiso

a) Nociones generales

Lo primero que no debe perderse de vista es que, de conformidad a lo prescrito por el artículo 2783.C., en nuestro ordenamiento jurídico “se prohíben las donaciones fideicomisarias”.

No obstante lo anterior, no parece que el contrato de fideicomiso se encuentre “desterrado” de nuestro ordenamiento jurídico, de hecho el artículo 54.8 de la Ley 561¹⁰⁹ deja muy en claro que: “Todos los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones de confianza: 8. Actuar como fiduciario de fideicomisos que se constituyeren en virtud de leyes especiales, siempre que en estas operaciones el banco no se comprometa a pagar rendimientos fijos o determinados ni a efectuar la devolución íntegra del capital fideicometido”.

Así, admitida la posibilidad de celebrar este contrato en nuestro ordenamiento, y a falta de una regulación positiva de la materia, lo primero que conviene dejar en claro es la distinción de dicho negocio

¹⁰⁸ Así VALENZUELA GARACH, comenta que, “además, se tratará en cualquier caso de un contrato de gestión personalizada y tecnificada, característica que –al propio tiempo- sirve para distinguirlo de aquellos otros contratos relativos a los fenómenos de gestión colectiva de la inversión, y en los que los bancos pueden ocupar la posición de depositarios de fondos de inversión mobiliaria” (op cit , págs 522 y s)

¹⁰⁹ Ley General de Bancos, Instituciones Financieras No Bancarias y Grupos Financieros (La Gaceta Diario Oficial 232 de 30 de Noviembre de 2005)

de otras figuras contractuales con las que guarda una especial afinidad, particularmente respecto del “trust” y de los denominados “negocios fiduciarios”.

El negocio fiduciario es aquel que contiene una simulación relativa, o, mejor, el que se identifica por la “desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden conseguir”. La doctrina, con fundamentos en el Derecho Romano, distingue entre aquellos negocios fiduciarios pertenecientes a la fiducia cum creditore (forma de garantía a través de la cual el deudor transfería a su acreedor, por *mancipatio* o *injure cessio*, la propiedad de un bien con la correspondiente obligación de que éste lo retransmitiese una vez satisfecha la obligación) y los que se circunscriben al ámbito de la fiducia cum amico (negocio por el cual el fiduciante transmitía al fiduciario determinados bienes para que éste dispusiese de los mismos y, por ende, ejercitase en interés de aquél las facultades inherentes al propietario, verbigracia: administración, celebración de contratos, defensa frente a acciones emprendidas por terceros)¹¹⁰.

Hasta hace muy poco los estudiosos interpretaban, a través de la articulación de la “teoría del doble efecto”, que en el negocio fiduciario se evidenciaban dos relaciones negociales, generadoras de otros tantos efectos: por un lado, una de carácter real (que transfiere el dominio *erga omnes*) y otra de carácter obligacional (por medio de la cual se vinculan el adquirente y el transmitente, y que tan solo es eficaz entre ellos)¹¹¹.

Empero, hoy en día, la nueva doctrina, opina que el fiduciante únicamente transfiere al fiduciario una propiedad formal (llamada también “titularidad fiduciaria” y que es eficaz frente a terceros de buena fe), reteniendo, a su vez, una propiedad material (o “propiedad real”) que le permite reivindicar la cosa, y que tiene eficacia *inter partes* y frente a terceros que no sean de buena fe¹¹². No parece, sin embargo, que dicha concepción sea plenamente satisfactoria, en tanto en cuanto nuestros sistemas de derecho, de corte europeo-continental, desconocen ese doble juego de “titularidades”.

¹¹⁰ Así GÓMEZ CALERO, Juan, “Especialidades más relevantes de la contratación mercantil” en Derecho mercantil, Vol II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S A, Barcelona, 2000, pág 245

¹¹¹ GÓMEZ CALERO, op cit, pág 246

¹¹² GÓMEZ CALERO, op cit, ibidem

Por su parte, la institución jurídica del trust (cuyo nomen delata sus orígenes anglófonos), es aquella por medio de la cual el settlor o “constituyente” (también denominado fideicomisante) transmite determinados bienes al trustee (fiduciario), para que disponga de ellos según sus instrucciones y en beneficio del cestui que trust (“beneficiario” o fideicomisario). Dicho negocio se caracteriza por la separación entre la “propiedad formal” (o legal), atribuida al trustee y regida por el common law, y la “propiedad material” (también conocida como sustantiva), que, según el caso, puede corresponder al “settlor” (en realidad muy pocas veces) o al “cestui que trust” (la mayor parte del tiempo) y se gobierna por la equity (o “derecho de equidad”)¹¹³.

Como diferencias más significativas entre el trust y los negocios fiduciarios sobresalen: i. La existencia, en los negocios fiduciarios, de un doble juego de relaciones (con todo y que son interdependientes y buscan una sola finalidad), lo que dista del trust, que se concibe como un instituto jurídico unitario oponible a terceros. ii. Además, en este último instituto existe una doble titularidad en relación con un mismo bien o bienes, cosa que no existe en los negocios fiduciarios donde tan solo existe una titularidad dominical atribuible al fiduciario. iii. Mientras que el trust, suele articularse como un acto unilateral que afecta un bien en beneficio de un tercero, el negocio fiduciario se manifiesta como un negocio sinalagmático celebrado entre constituyente y fiduciario. iv. En fin, no existe ninguna posibilidad de celebrar modalidades de trust similares a la fiducia cum creditore, ya que tal evento es contrario a la regla que prohíbe al trustee aprovecharse de los bienes objeto del negocio¹¹⁴.

b) Noción y notas características

Tratando de ofrecer al lector una noción omnicomprendensiva de las distintas posibilidades que ofrece este contrato, se ha dicho que el fideicomiso es aquel negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente transmite uno o más bienes al fiduciario, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero, el fideicomisario¹¹⁵.

¹¹³ GÓMEZ CALERO, op cit, pág 247

¹¹⁴ RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit, págs 625 y s

¹¹⁵ Cfr VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, Contratos Mercantiles, Porrúa, México, 1994, págs 515 y s

Ante la imposibilidad de articular una doble titularidad, tal como acontece en el derecho inglés, la principal “dificultad técnica” que plantea este negocio en los ordenamientos de ascendencia europeo-continental está ligada a la búsqueda de “armonía” de los derechos del fiduciario con los del fideicomitente (o constituyente) y fideicomisario (o beneficiario). Así, los distintos sistemas normativos de nuestro entorno han venido a establecer un conglomerado de limitaciones al fiduciario, de forma tal que éste, pese a ser propietario frente a terceros, no ostenta facultades de disposición más allá de las que se le hubiere conferido al momento de perfeccionar el negocio o de las que le dispense, en general, la ley¹¹⁶.

c) Naturaleza jurídica

Algún autor ha querido ver en el fideicomiso un “mandato irrevocable”, es decir que una vez aceptado el encargo por el fiduciario, las facultades que le han sido conferidas resultan irrevocables. No obstante, dicha tesis es inadmisibile por tres contundentes razones: i. Por la naturaleza revocable que caracteriza al mandato como instituto jurídico. ii. Porque, lejos de lo que pasa en el mandato, el fiduciario se conduce como propietario de los bienes frente a terceros, celebrando los actos jurídicos que realiza, siempre, en su propio nombre o en el del fideicomiso, y nunca en nombre y representación de su mandante, como sucede a menudo en el contrato de mandato. iii. En estrecha vinculación con lo anterior, como es sabido, en el mandato no se produce transmisión real de bienes¹¹⁷.

Otro estudioso entiende que el fideicomiso no es otra cosa que “un patrimonio de afectación”, o lo que es lo mismo “una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en el que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor y del orden público”. Se critica dicha concepción, en primer lugar, porque en cualquiera de las modalidades de fideicomiso siempre habrá un elemento personal vinculado a éste; en segundo término, porque la expresión “afectación” carece de un contenido propio en los distintos ordenamientos normativos; y, en tercer lugar, a nosotros nos parece que no es posible concebir, como noción, un “patrimonio de afectación” como elemento autónomo, sin que exista vinculado a él un sujeto jurídico relevante¹¹⁸.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , pág 627

¹¹⁷ Cfr DÁVALOS MEJÍA, Derecho bancario y contratos de crédito, cit , págs 849 y s

¹¹⁸ RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , págs 629 y s

Por último, se ha defendido la tesis que predica que el fideicomiso no es si no un negocio fiduciario, en el sentido que hemos explicado arriba, es decir, que aquí se evidencian dos relaciones negociales, generadoras de otros tantos efectos: por un lado, una de carácter real (que transfiere el dominio erga omnes) y otra de carácter obligacional (por medio de la cual se vinculan el adquirente y el transmitente, y que tan solo es eficaz entre ellos)¹¹⁹.

Aunque aquí habrá que matizar que, al no existir una evidente desproporción entre el medio empleado y la finalidad que mueve a las partes a contratar, al menos en los ordenamientos donde el fideicomiso está tipificado (normativamente hablando), no puede hablarse de un negocio fiduciario “puro”, ya que no se ciñe exclusivamente a la confianza en el otro contratante, en tanto que los derechos y obligaciones de los contratantes están especialmente señalados en la ley, lo que evita, al menos en principio, cualquier posibilidad de abuso. Así, la doctrina cataloga al fideicomiso como un “negocio fiduciario impuro”¹²⁰.

d) Contenido del contrato

Como ya sabemos, en este negocio participan tres sujetos: fiduciante o fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, cada uno de los cuales, en virtud del contrato de fideicomiso, asumen un catálogo de derechos y obligaciones que es necesario, aunque sea de forma somera, exponer aquí.

Dentro de las obligaciones del fiduciario, que vale decir que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas no podrá ser un sujeto distinto a un Banco o a una Sociedad Fiduciaria debidamente aprobada por la autoridad competente, sobresalen¹²¹:

- Administrar los bienes en la forma establecida, según las instrucciones del fiduciante (recuérdese que, aun y cuando el fiduciario es propietario, las facultades inherentes a su condición se ven limitadas por la relación obligatoria que caracteriza al fideicomiso, y que las circunscribe a aquéllas estrictamente necesarias para llevar a cabo el encargo); lo que necesariamente

¹¹⁹ Vid DÁVALOS MEJÍA, Derecho bancario y contratos de crédito, cit , págs 855 y s

¹²⁰ En tal sentido véase RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , págs 630 y s

¹²¹ Así, DÁVALOS MEJÍA, Derecho bancario y contratos de crédito, cit , págs 893 y ss

implica la realización de los actos necesarios para la consecución de la finalidad pactada, la inversión de los mismos para que produzcan frutos o rendimientos y, por su puesto, responder por el manejo que se haga de ellos.

- Hacer inventario de los bienes recibidos y, eventualmente, prestar caución suficiente para responder del incumplimiento de las principales obligaciones asumidas.
- Separar los bienes, objeto del negocio, del resto de sus activos, en tanto que forman un patrimonio autónomo o especial. No se trata tanto de una separación física como contable.
- Obligación de proteger los bienes contra las “agresiones” de terceros.
- Rendir cumplida y oportunamente cuentas de su gestión.
- Transmitir, en su caso, los bienes, ya al fideicomisario, ya al propio fideicomitente. Cabe destacar que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas prohíben que el fiduciario pueda convertirse en fideicomisario.
- En caso de duda, consultar a la autoridad jurisdiccional o administrativa, según lo establezca la legislación pertinente, sobre el alcance de las facultades otorgadas por el acto constitutivo o que se consagran en la ley.
- Guardar secreto respecto de la información a la que se tiene acceso en virtud del contrato.

Por su parte, en materia de derechos del fiduciante o fideicomitente, una vez que designa al fiduciario, aquél suele reservarse algunas facultades precisas, amén de la facultad, genérica, de supervisar el buen desarrollo del fideicomiso¹²².

Obviamente, en los países donde no estén señalados expresamente por vía legislativa, el fiduciante podrá reservarse, además: la facultad de revocar el fideicomiso, aunque, vale decir, en buena parte de los ordenamientos esta facultad está restringida a los fideicomisos constituidos para fines de interés particular y no para aquellos vinculados a un interés colectivo; el derecho a exigir rendición de cuentas; ejercitar la acción de responsabilidad contra el fiduciario; solicitar la remoción del fiduciario y designar uno nuevo; y obtener la devolución de los bienes¹²³.

¹²² RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , págs 643 y ss

¹²³ Cfr RUIZ TORRES, Humberto, Elementos de Derecho Bancario, McGraw Hill, México, 1997, pág 32

En lo que atañe a las obligaciones asumidas por el fideicomitente, éste debe remunerar y rembolsar los gastos en que haya incurrido el fiduciario, aunque, lo normal, es que la gestión del patrimonio destinado al fideicomiso genere los ingresos suficientes para evitar que el fideicomitente tenga que erogar tales contraprestaciones de su “propio patrimonio”; en fin, el fideicomitente debe responder por el saneamiento por evicción, en los casos de fideicomiso oneroso¹²⁴.

Ahora bien, en nuestros sistemas jurídicos, lejos de lo que cabe predicar en el Derecho inglés, el fideicomisario no es más que un especial acreedor del fideicomiso, careciendo, por ende, de toda suerte de derechos reales respecto de los bienes objeto del negocio¹²⁵.

También es oportuno precisar que, buena parte de las facultades que competen al fideicomisario pueden, en algunos ordenamientos que lo permiten, haber sido reservadas por el fiduciante, en razón de lo cual no debe resultar extraña la coincidencia de dichas facultades. Con todo, los derechos del beneficiario son: exigir al fiduciario el cumplimiento de sus obligaciones y, cuando quepa, ejercitar las acciones de responsabilidad; oponerse, de forma supletoria al fiduciario, a cualquier tipo de medidas que un tercero oponga contra los bienes objeto del contrato; impugnar los actos anulables; pedir la remoción del fiduciario; y revisar los estados contables¹²⁶.

Por último, no debemos perder de vista que, en los sistemas jurídicos donde este negocio está regulado, la autoridad judicial o administrativa encargada de la vigilancia y control de las operaciones de fideicomiso juega un papel destacado, encomendándosele, en consecuencia, una serie de atribuciones, entre las que sobresalen: la autorización del Banco o Sociedad Fiduciaria que actuará en calidad de fiduciario; autorización de la renuncia de éste; atender las consultas del fiduciario; imposición de ciertas obligaciones a este último, tales como la elaboración de un inventario, el otorgamiento de caución y la rendición de informes periódicos; remoción del fiduciario, a petición de parte interesada, y nombramiento de administrador interino; y señalamiento de tarifas¹²⁷.

¹²⁴ RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , págs 653 y s

¹²⁵ DÁVALOS MEJÍA, Derecho bancario y contratos de crédito, cit , págs 877 y ss

¹²⁶ DÁVALOS MEJÍA, op cit , págs 903 y s

¹²⁷ RODRÍGUEZ-AZUERO, Contratos bancarios Su significación en América Latina, cit , págs 658 y ss

e) Modalidades

Sobre todo en materia bancaria, que es donde más profusión ha tenido el negocio de fideicomiso, éste suele manifestarse a través de múltiples modalidades.

Antes de referirnos a éstas, nos parece oportuno hacer notar que, a veces, algunos de los encargos que acomete el Banco o la Sociedad Fiduciaria no se realizan en virtud de un verdadero negocio de fideicomiso, si no más bien de un simple mandato o “encargo fiduciario”, de modo que no existe en tales casos una transferencia de propiedad, que constituya al fiduciario en titular de los bienes frente a terceros, sino más bien una simple puesta a disposición de recursos para atender la finalidad prevista por el fiduciante¹²⁸.

Pues bien, entre las modalidades de fideicomiso más relevantes encontramos¹²⁹:

- Fideicomiso de administración: en virtud del cual el fiduciario se encarga de la gestión de los bienes del fideicomitente, generalmente debido a la propia incapacidad de éste para hacerse cargo de tal administración (por enfermedad o vejez), o por sus múltiples ocupaciones (dedicación a la política o a otra actividad que no permita dedicar su atención a tales menesteres).
- Fideicomiso de inversión: aquí el fiduciario no se limita a la simple administración y manejo de los bienes, si no que debe emplear los mismos en actividades que generen un cierto nivel de rendimiento.
- Fideicomiso de garantía: el deudor transmite unos bienes al fiduciario con la finalidad de respaldar el cumplimiento de una obligación principal, a favor de un tercero; así, si el deudor no satisface oportunamente su obligación, el fiduciario procederá a vender los bienes y destinar su producto a la satisfacción de dicha deuda.
- Fideicomiso testamentario: como su nombre lo indica, el causante destina, dependiendo de la correspondiente legislación en materia de sucesiones, todo o parte de sus bienes a la constitución del

¹²⁸ RODRÍGUEZ-AZUERO, op cit , págs 663 y s

¹²⁹ En tal sentido véase DÁVALOS MEJÍA, Derecho bancario y contratos de crédito, cit , págs 865 y ss



fideicomiso, para que el fiduciario, a su vez, los destine a una determinada finalidad, señalada previamente por aquél.

- Fideicomiso de seguros: esta modalidad puede manifestarse, bien cuando el causante nombra como beneficiario de su seguro de vida al fiduciario para que éste realice finalidades similares a las que cabrían en un fideicomiso testamentario, o bien cuando se designa al fiduciario como beneficiario de un seguro de daños, para que éste destine los fondos obtenidos, de manera efectiva, a la reposición del bien asegurado.
- Fideicomiso de desarrollo: se trata de fideicomisos donde el fiduciario es una entidad internacional o gubernamental, la que destina los recursos a finalidades de interés común o de desarrollo.
- Fideicomisos inmobiliarios: cuya finalidad, de manera general, es el desarrollo de proyectos inmobiliarios.
- Fideicomisos prestacionales o de fondos de pensión: tienen su origen en las cargas prestacionales que, según cada ordenamiento, soportan los empleadores, lo que aconseja, para algunos, el empleo de las mismas en actividades de inversión realizadas por entidades especializadas, como es el caso de las entidades fiduciarias.
- Fideicomisos de fondos de inversión: es una excelente alternativa de inversión para los ahorradores, e incluso para las grandes empresas, ya que permiten, al invertir en fondos mobiliarios e inmobiliarios, contar con rendimientos a corto plazo superiores a los de otras inversiones.
- Fideicomisos del gobierno: se trata de fideicomisos constituidos por el gobierno con la intención de encargar al fiduciario el manejo de fondos destinados a la concesión de préstamos directos o de redescuento de créditos otorgados por las entidades financieras con una finalidad determinada; o incluso se trata de fideicomisos destinados a la realización de una obra específica que, por su largo alcance y costo elevado, conviene dejar que la administre una entidad especializada.
- Fideicomiso de nacionalización: se transfieren al fiduciario las acciones de una sociedad que se pretende nacionalizar, con la intención de que éste las coloque paulatinamente entre inversionistas nacionales, de modo que, al final, se obtenga la proporción exigida por la ley para tener a dicha empresa como nacional.

f) Extinción

El contrato de fideicomiso se puede extinguir por: la realización del fin determinado en el contrato; la imposibilidad absoluta de realizarse; la expiración del plazo, ya sea convencional o legal; cumplimiento de la condición resolutoria; hacerse imposible o no cumplirse oportunamente la condición suspensiva, pero aquí vale aclarar que, en-estricto sentido jurídico, el fideicomiso que depende de condición suspensiva jamás llegará a tener existencia si la condición no se realiza en el término que señale el acto constitutivo; muerte del fideicomitente o del fideicomisario; disolución de la entidad fiduciaria; acción de los acreedores, en caso de que el fideicomiso se hubiere celebrado en fraude de éstos; declaración de nulidad del acto constitutivo; revocación del fiduciante; mutuo consenso del fideicomitente y fideicomisario; falta de fiduciario; renuncia del fideicomisario; y, aunque este supuesto es más bien la excepción, la confusión de la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario, en las legislaciones donde tal posibilidad se admite¹³⁰.

BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ CARDOZA, Jairo Antonio, Derecho Bancario Nicaragüense, Tomo I, Editorial Jurídica, Managua, 2001.
2. ANGULO RODRÍGUEZ, Luis, "Contratos de colaboración" en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 350ss.
3. ANGULO RODRÍGUEZ, Luis, "Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración" en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 273ss.
4. AURIOLES MARTÍN, Adolfo, "Contratos Bancarios" en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 412ss.
5. AURIOLES MARTÍN, Adolfo, "Aspectos generales de la contratación bancaria" en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 450ss.
6. AURIOLES MARTÍN, Adolfo, "Contratos bancarios de activo" en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 482ss.
7. AURIOLES MARTÍN, Adolfo, "Contratos Bancarios de Gestión (I)" en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 501ss.
8. BEÑÉLBAZ, Héctor Ángel y COLL, Osvaldo Walter, Sistema Bancario Moderno, Depalma, Buenos Aires, 1994.
9. BONEO VILLEGAS, Eduardo J. y BARREIRA DELFINO, Eduardo A., Contratos Bancarios Modernos, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

10. BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Manual de Derecho Mercantil, Vol. II, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003.
11. CASTILLO CASTILLO, Maritza y TIFFER RODRÍGUEZ, Paul, La Banca Privada en Nicaragua, Monografía para optar al grado de Licenciado en Derecho, inédito, Managua, 1995.
12. CHULIÁ VICENT, Eduardo y BELTRÁN ALANDETE, Teresa, Aspectos jurídicos de los contratos Atípicos, Volumen I, José Ma. Bosch, Barcelona, 1999.
13. CHULIÁ, Francisco Vicent, Introducción al Derecho Mercantil, 17ª edición, tirant lo blanch, Valencia, 2004.
14. CORTÉS, Luis Javier, "El Mercado del Crédito", en la obra Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, T. II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 465ss.
15. CORTÉS, Luis Javier, "Contratos Bancarios (I)", en la obra Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, T. II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 499ss.
16. CORTÉS, Luis Javier, "Contratos Bancarios (II)", en la obra Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, T. II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 537ss.
17. DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, Derecho bancario y contratos de crédito, Tomo II, segunda edición, Oxford, 1992.
18. DELGADILLO CASTRO, Mirna Elizabeth; OBREGÓN AREAS, Elisa Isabel y URBINA ESPINOZA, Magda Rosa, Evolución, operaciones y contratos bancarios, Monografía para optar al grado de Licenciado en Derecho, inédito, Managua, 1994.
19. FARINA, Juan M., Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, 1994.
20. GARRIGUES, Joaquín, Contratos Bancarios, segunda edición, Madrid, 1975.

21. GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, séptima edición, revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.
22. GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, sexta edición revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero (reimpresión), editorial Porrúa, S.A., México, 1979.
23. GÓMEZ CALERO, Juan, “El Contrato Mercantil: Nociones Generales” en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 220ss.
24. GÓMEZ CALERO, Juan, “Especialidades más relevantes de la contratación mercantil” en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 242ss.
25. GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel, “La Tarjeta de crédito” en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 190ss.
26. GUZMÁN GARCÍA, Jairo José y HERRERA ESPINOZA, Jesús Jusseth, Contratos Civiles y Mercantiles, edición a cargo de Henry Román Urbina Blanco, Managua, 2006.
27. HERRERA ESPINOZA, Jesús Jusseth, Código Tributario de la República de Nicaragua y sus reformas. Estudio Introductorio y Disposiciones Complementarias, Colección Legislativa Facultad de Ciencias Jurídicas, Managua, 2006.
28. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., “La representación de la posiciones jurídicas en el tráfico mercantil. Los títulos valores. Las anotaciones en cuenta” en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 312ss.
29. MORÁN BOVIO, David, “El contrato de Préstamo Mercantil” en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, pág. 396ss.

30. MOLLE, Giacomo, Manual de Derecho Bancario, segunda edición, reimpresión, traducido por el Doctor Mario Alberto Bonfanti, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1977.
31. NAVARRETE HERNÁNDEZ, Lisseth Nayiri, Principales transformaciones jurídicas del sistema financiero nacional. 1979-1994, Monografía para optar al grado de Licenciado en Derecho, inédito, Managua, 1995.
32. ORÚE CRUZ, José René, Manual de Derecho Mercantil, Hispamer, Managua, 2003.
33. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, “Arrendamientos Mercantiles” en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, pág. 540ss.
34. RODRÍGUEZ-AZUERO, Sergio, Contratos bancarios. Su significación en América Latina, reimpresión de la cuarta edición, Biblioteca FELABAN, Bogotá, 1997.
35. RUIZ TORRES, Humberto, Elementos de Derecho Bancario, McGraw Hill, México, 1997.
36. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, Instituciones de Derecho mercantil, Volumen II, 24ª. Edición, McGraw Hill, Madrid, 2002.
37. SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis, “Depósito, préstamo y contratos de garantía” en Lecciones de Derecho Mercantil, 3ª edición, revisada y puesta al día, coordinador Guillermo J. Jiménez Sánchez, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 392ss.
38. SIMÓN, Julio A., Tarjetas de crédito, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
39. URÍA, Rodrigo, Derecho Mercantil, vigésimo cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
40. URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, “Las fuentes y la aplicación del Derecho Mercantil” en la obra Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, T. I, Civitas, Madrid, 1999, págs. 45ss.

41. URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y CORTÉS, Luis Javier, “El contrato de cuenta corriente” en la obra Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, T. II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 223ss.
42. URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio y PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio, “Del título valor en general: concepto y caracteres” en la obra Uría – Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, T. II, Civitas, Madrid, 2001, págs. 685ss.
43. VALENZUELA GARACH, FERNANDO, “Contratos Bancarios de Pasivo” en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 464ss.
44. VALENZUELA GARACH, FERNANDO, “Contratos Bancarios de Gestión (II)” en Derecho mercantil, Vol. II, 6ª edición corregida y puesta al día, dirigido por Jiménez Sánchez, Guillermo, Ariel S.A., Barcelona, 2000, págs. 516ss.
45. VÁSQUEZ DEL MERCADO, Óscar, Contratos Mercantiles, Porrúa, México, 1994.
46. WHEELLOCK ROMÁN, Jaime, Imperialismo y dictadura: crisis de una formación social, quinta edición, siglo veintiuno editores, México D.F., 1980.
47. WHEELLOCK ROMÁN, Jaime y CARRIÓN, Luis, El desarrollo económico y social de Nicaragua, sección de educación política del FSLN, Managua, 1981.
48. ZELAYA VELÁSQUEZ, José María, Notas Bancarias, Fondo Editorial CIRA, Managua, 2001.
49. ZUNZUNEGUI, Fernando, Derecho del Mercado Financiero, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2000.

Estimado/a estudiante:

La Universidad Centroamericana se complace en tenerlo/a como estudiante e integrante de la comunidad educativa UCA. Al configurar este nuevo entorno de enseñanza y aprendizaje le hemos preparado específicamente este texto o módulo autoformativo, con un enfoque eminentemente pedagógico, para que usted por sí mismo/a y de manera responsable e independiente, logre con facilidad los aprendizajes de la unidad curricular que desarrolla.

El texto que ahora tiene en sus manos le proporciona información relevante para su proceso de aprendizaje. En él encontrará holísticamente integrados los componentes del proceso didáctico: objetivos, contenidos, actividades, sistema de autoevaluación y procesos de retroalimentación para la autorregulación de sus aprendizajes. Apoyará el autoaprendizaje del módulo, profesores tutores y compañeros de grupo que periódicamente se reunirán con usted en la universidad, para aclarar, profundizar, perfeccionar y validar los conocimientos teóricos, prácticos, y actitudinales obtenidos en la solución de la propuesta educativa de este módulo. De igual manera contará con asesorías individuales para reorientar y reafirmar los resultados de su estudio.

Esperamos que los logros sean los que usted, la UCA y la sociedad nicaragüense esperan. Reciba nuestro saludo y nuestra bienvenida.



Universidad Jesuita



**Facultad de
Ciencias Jurídicas**